

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO



TESIS DOCTORAL

**Arbitraje y Derecho público. Perspectiva interna e
internacional**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Álvaro Soriano Hinojosa

DIRECTOR

José Carlos Fernández Rozas

Madrid

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO**

**DEPARTAMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL,
DERECHO ECLESIAÍSTICO Y FILOSOFÍA DEL DERECHO**



TESIS DOCTORAL

**ARBITRAJE Y DERECHO PÚBLICO.
PERSPECTIVA INTERNA E
INTERNACIONAL**

Memoria para optar al grado de Doctor presentada por

ÁLVARO SORIANO HINOJOSA

Bajo la dirección del Profesor Dr. D.

José Carlos Fernández Rozas

Catedrático de Derecho internacional privado

Madrid, marzo 2020

RESUMEN

Arbitraje y Derecho administrativo han tenido un difícil engarce desde sus inicios más tradicionales hasta hoy; a diferencia de lo que ocurre en la arena internacional donde el Estado y sus apéndices se desenvuelven cada vez con mayor soltura. El objeto de esta tesis es doble: (i) por un lado, verificar la compatibilidad del arbitraje administrativo con la Constitución Española –para lo cual hemos diseccionado toda la jurisprudencia histórica del Tribunal Constitucional– y, (ii) por otro, el papel que ha empeñado el Estado en el arbitraje internacional y, muy en particular, en el arbitraje de inversiones donde recientes resoluciones del TJUE han puesto en solfa la virtualidad del propio mecanismo de solución de conflictos entre inversor y Estado.

PALABRA CLAVE: *ARBITRAJE – SECTOR PÚBLICO – CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA – INVERSIÓN EXTRANJERA – CONTRATACIÓN PÚBLICA*

ABSTRACT

Arbitration and Public law have faced a difficult relationship since the most traditional beginnings until today; unlike the development of the States and the rest of the public sector in international arbitration, which are soaring their participation constantly. The purpose of this PhD is double: First, to verify the compatibility of administrative arbitration with the Spanish Constitution –to do so we have reviewed the historic case law of the Constitutional Court regarding arbitration– and, (ii) Second, the role of the States in international arbitration and, in particular, facing investment arbitration. Recently, some rulings of the CJEU have objected the legitimacy of dispute-resolution-mechanisms between investor and State.

KEYWORDS: *ARBITRATION – PUBLIC SECTOR – SPANISH CONSTITUTION – FOREIGN INVESTMENT – PUBLIC PROCUREMENT*

SUMARIO

Abreviaturas	13
--------------------	----

INTRODUCCIÓN

I. Las relaciones entre arbitraje y las Administraciones públicas como objeto de investigación	19
1. El Estado como sujeto a arbitraje y el Estado como árbitro	19
2. Carácter autónomo de la mediación	23
II. Objeto de estudio	25
1. Cuestiones de delimitación	25
2. Superación de las reticencias del Estado	27
3. Perspectiva transfronteriza	30
III. Problemas inherentes a la configuración del objeto de la investigación	36
1. Derivados del carácter interdisciplinar de la materia	36
2. Derivados del estudio de la jurisprudencia constitucional	43
3. Derivados de la incidencia del Derecho de la Unión Europea	47
IV. Interrogantes expositivos	49

CAPÍTULO I. CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DEL ARBITRAJE

I. Incardinación del arbitraje en la Constitución Española	55
1. Tutela judicial efectiva	55
2. Recurso de inconstitucionalidad	56
3. Recurso de amparo	60
4. Doctrina del Tribunal Constitucional	63
A) Planteamiento general	63
B) Evolución	65
C) Enseñanzas de la doctrina constitucional italiana	68
II. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de arbitraje: una evolución constante	71
1. Plan de exposición	71
2. Aproximación al fundamento constitucional	74
3. <i>Excursus</i> sobre derechos fundamentales de las administraciones	77
4. El arbitraje como equivalente constitucional	83
5. Prohibición constitucional de arbitrajes obligatorios	92
A) Criterios establecidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos	92
B) Criterios establecidos en la Unión Europea	93
C) Un icono en favor de la autonomía de la voluntad en el arbitraje Sentencia 174/1995, de 23 de noviembre	94
6. La libertad (art. 1.1º CE) como fundamento constitucional del arbitraje: un avance esperado	100
7. Conclusiones de la jurisprudencia constitucional analizada	105
III. Fundamento constitucional del arbitraje	105
1. Advertencia previa	105
2. Incursiones en el marco del arbitraje laboral	105

3. Primer análisis constitucional de una ejecución bajo la Convención de Nueva York de 1958	108
4. Primera referencia a la naturaleza del arbitraje: Sentencia TC 43/1988, de 12 de abril	109
5. Las dos fases del procedimiento arbitral (LA 1953) no se mezclan: Sentencia TC 233/1988	110
IV. Delimitación de las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas	112
1. Problemas constitucionales de la reserva de materias	112
2. Invasión de competencias por parte del Estado	113
3. Utilización de mecanismos de ejecución de la mediación y conciliación en el ámbito de las competencias del Estado	114
V. Analogías y diferencias entre decisiones judiciales y arbitrales	118
1. Régimen de notificaciones: Auto TC 301/2005, de 5 de julio	118
2. Verificación de la existencia del convenio arbitral	120
3. Ámbito de aplicación de la prueba: Auto TC 701/1988, de 6 de junio	120
VI. El principio de unidad jurisdiccional y la acomodación del arbitraje administrativo	122
1. Virtualidad de un órgano de naturaleza administrativa encargado de funciones de arbitraje: Sentencia TC 196/1997, de 13 de noviembre	122
2. Hacia la consolidación de la noción de “arbitraje institucional”: Sentencia TC 233/1997, de 18 de diciembre	125
3. Arbitraje administrativo y arbitraje societario: Sentencia TC 32/2002, de 11 de febrero y su posterior corrección mediante la Sentencia TC 9/2005, de 17 de enero	126
4. Medidas urgentes para la reforma del mercado laboral: Sentencia TC 119/2014, de 16 de julio	130
VII. El convenio arbitral como fuente de libertad	132
1. Condicionamiento de la presencia del Estado	132
2. Distinción entre actos administrativos y actos civiles	139
A) Asunto <i>Sogecable</i> : Sentencia TC 136/2010, de 2 de diciembre	139
B) Competencias para establecer un procedimiento arbitral en el marco energético de Canarias: Sentencia TC 18/2011, de 3 de marzo	145
C) Implantación de un sistema alternativo de resolución de conflictos favorable a los consumidores: Sentencia TC 72/2014, de 8 de mayo	147
D) El arbitraje como instrumento frente a los problemas de la sociedad: Sentencia 12/2015, de 5 de febrero	150
E) Algunos supuestos emparentados: Sentencia TC 8/2016, de 21 de enero	153
F) El arbitraje como elemento subsidiario: Sentencia TC 32/2016, de 18 de febrero	154
G) La dignidad como último fundamento constitucional del arbitraje: Sentencia TC 1/2018	156

PARTE I DIMENSIÓN INTERNA

CAPÍTULO II. FUNDAMENTOS DEL ARBITRAJE ADMINISTRATIVO

I. Aproximación a la noción	163
1. Un instrumento valioso en favor de los administrados	163
2. Balance de un debate doctrinal	165
A) Colapso de la administración de la justicia	165
B) Limitaciones	168
3. Justificación de un análisis histórico	171
A) Utilidad en indagar en los orígenes	171

B) El arbitraje en el Derecho romano	174
C) El arbitraje en el Derecho histórico español	182
III. Perspectivas de análisis de los sistemas esenciales en el desarrollo del arbitraje	186
1. Derecho francés	186
A) Elementos teórico-prácticos	186
B) Incidencia de la práctica emanada de la Cámara de Comercio Internacional ..	194
2. Derecho británico	198
3. Derecho norteamericano	202
4. Recapitulación del estudio comparativo	203
5. Posibilidades de la actual normativa española	204
IV. El largo camino hacia la implantación del arbitraje administrativo	206
1. Planteamiento dogmático	206
2. Apertura excepcional de la jurisprudencial	209
A) El art. 41 de la Ley de Patrimonio del Estado y concordantes de su Reglamento y la Sentencia <i>Rumasa</i>	209
B) Rechazo del “efecto directo” administrativo: Sentencia TSJ Baleares nº 3/2012 de 1 de octubre de 2012: Sentencia <i>Rodaro</i>	210
3. Doctrina del Consejo de Estado en supuestos concretos en aplicación directa de la Ley General Presupuestaria y de la Ley de Patrimonio del Estado	211
V. Nuevas vías de gestión de las relaciones entre administrado y administración que intentan superar el obsoleto sistema de justicia tradicional	215
1. Arbitraje administrativo sobre las Administraciones Públicas	215
2. Incidencia de un procedimiento arbitral ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa	217
3. Materias disponibles e indisponibles en el arbitraje administrativo	219
A) Materias susceptibles de arbitraje	219
B) Acción del orden público	223
VI. Contratación pública y arbitraje	231
1. Introducción	231
2. El modelo francés y su influencia en España	233
A) Aspectos introductorios	233
B) El <i>Conseil d'État</i> y su posición inicial contra el arbitraje	234
C) Código civil francés y límites al arbitraje sobre el Estado y entes públicos: el Art. 2060 del <i>Code Civil</i>	237
D) Plasmación legal de la necesidad de acudir a la técnica arbitral	239
E) Balance de la incorporación de la técnica arbitral	245
3. Situación del arbitraje en la contratación pública en España	246
A) Exigencias contrarias del principio de autotutela administrativa y el carácter revisor del contencioso administrativo	246
B) Flexibilización por parte del Consejo de Estado	248
C) Evolución de las referencias al arbitraje en la legislación de contratos públicos. Una solución parcial y fragmentaria pero en la línea correcta	249
4. Consolidación del laudo arbitral frente a Entidades públicas	253
A) Pretendida anulación de un Laudo por el Ayuntamiento de Leioa: Sentencia TSJ País Vasco: Sentencia nº 11/2017, de 15 noviembre	253
B) El laudo definitivo	256
C) Conclusiones que pueden extraerse del asunto <i>UTE-Pinosolo</i> Sentencia 5/2018 Tribunal Superior de Justicia País Vasco (Sala de lo Civil y Penal) de 30 mayo 2018	261
5. El silencio sobre el arbitraje doméstico en la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público	262
6. Conclusiones respecto al arbitraje y la contratación pública	263
VII. Rasgos privativos y autónomos del arbitraje administrativo	267

PARTE II DIMENSIÓN INTERNACIONAL

CAPÍTULO III. PROYECCIÓN INTERNACIONAL DEL ARBITRAJE ADMINISTRATIVO

I. Dimensión internacional del arbitraje administrativo	275
1. Sometimiento del Estado al arbitraje internacional	275
2. Examen de la practica española	282
A) Un supuesto de efectiva aceptación del arbitraje internacional en normas administrativas: el caso de <i>Loterías</i>	282
B) Doctrina del Consejo de Estado en favor del arbitraje en la contratación internacional	283
C) Doctrina en los asuntos <i>Philip Morris</i> y <i>Japan Tobacco International (Reynolds)</i>	288
D) Doctrina en el asunto <i>Thyssen Bornemisza</i>	295
E) Doctrina en el arbitraje aviones <i>Mirage</i>	298
II. Justificación del sometimiento del Estado al arbitraje internacional	300
1. Participación del Estado en los arbitrajes internacionales	300
2. Convenios internacionales sobre protección de inversiones	301
A) Antecedentes	301
B) Características de los APPRIIs	303
C) Recepción en el sistema español	306
III. Arbitraje afectados por una materia constitucional	310
1. Posturas en presencia	310
2. Jurisprudencia contenciosa frente a la civil: la solución del Tribunal des Conflits ..	311
A) Exposición general de las posibilidades conflictuales entre jurisdicciones	311
B) El asunto <i>INSERM</i> : una última solución entre Pilatos y Salomón	312
IV. Problemas de inmunidad de jurisdicción y de inmunidad de ejecución	315
1. Una breve aproximación histórica: los tiempos están cambiando	315
2. Hacia un prudente y moderado cambio en la interpretación de las inmunidades del Estado	318
A) Antecedentes jurisprudenciales y su variabilidad: entre la modificación y la continuidad	318
B) Búsqueda de un marco jurídico neutral, anacional y efectivo	323
C) Apunte sobre las normas del Servicio Jurídico Exterior del Estado y su relación con las inmunidades de jurisdicción y ejecución	325
3. Compatibilidad del régimen de inmunidad de ejecución de los Estados extranjeros con el derecho a la tutela judicial efectiva	329
4. Cuestiones relevantes de la Ley Orgánica 16/2015 de 27 de octubre sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España	336
5. Incidencia en el nombramiento de árbitros. Sentencia TSJ Madrid de 29 de marzo de 2019: cuestión de designación judicial de árbitro contra el demandado Estado de Malasia	342
V. Posibilidad de ejecutar bienes al Estado extranjero en ejecución de laudos arbitrales	345
1. Ámbito general de la inmunidad de ejecución	345
2. Decisiones recientes de la jurisprudencia española	347
A) Seguimiento de satélites de Villafranca, de la Agencia Espacial Europea: Sentencia TSJ de Madrid 1 febrero 2018	347
B) Condena al embajador de Azerbaiyán a pagar las rentas adeudadas en virtud de un contrato de arrendamiento para uso particular	348

3. Práctica contra la República de Guinea Ecuatorial: Auto del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2018	350
A) Antecedentes: laudos condenatorios procedentes de Laudos emandos de la CCI y de la OHADA	350
B) Auto del TSJ de Madrid de 28 de septiembre de 2016: execuátur de un laudo CCI	353
C) Auto del TSJ de Madrid de 14 de noviembre de 2016: execuátur de un laudo OHADA	357
3. Posibilidad de ejecutar el laudo arbitral en el Estado donde obren los activos del Estado perdedor del litigio	362
4. El asunto <i>Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. República de Chile</i> , primer Laudo CIADI ejecutado en España	367

CAPÍTULO IV. CONDICIONAMIENTOS DE LA UNIÓN EUROPEA

I. Los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones en la UE	371
1. Antecedentes en torno a la validez de los APPRIs suscritos por los Estados miembros	372
2. Consecuencias del Tratado de Lisboa	372
A) Las inversiones extranjeras directas en el ámbito de las competencias exclusivas de la UE	372
B) Disposiciones transitorias sobre los acuerdos bilaterales de inversión entre Estados miembros y terceros países	373
II. Gestión de la responsabilidad financiera relacionada con los tribunales de resolución de litigios entre inversores y Estados establecidos por acuerdos internacionales en los que la UE sea parte	376
1. Marco general	376
2. Descifrando el Reglamento UE 912/2014	377
A) Quién es el responsable financiero ante un laudo condenatorio?	377
B) ¿Quién asume la posición de demandado?	380
C) ¿Quién tiene la potestad de concluir acuerdos transaccionales?	382
3. Manifestaciones de la intromisión de la Comisión Europea en los arbitrajes e inversión	386
A) <i>Amicus Curiae</i>	386
B) Argumentario ofrecido por la Comisión Europea para negar la virtualidad de los arbitrajes	386
IV. El asunto <i>Micula</i>	391
1. Antecedentes	391
2. Ejecución del Laudo en Rumanía	392
3. Ejecución del Laudo en EE UU	393
4. Ejecución del Laudo en el Reino Unido	395
5. Resolución sobre la Decisión de la Comisión Europea	401
III. El asunto <i>Achmea (Eureko)</i>	405
1. Procedimiento arbitral	405
2. Cuestión prejudicial sobre la posibilidad del arbitraje <i>intra</i> -UE	408
3. Conclusiones abogado general	408
4. Sentencia TJUE de 6 de marzo de 2018	416
5. Consecuencias de <i>Achmea</i>	420
A) Fin de los APPRIs <i>intra</i> -UE	420
B) ¿Puede plantear un tribunal arbitral una cuestión prejudicial?	422
C) Nuevo escenario trazado por <i>Achmea</i>	424
IV. Mecanismos de soluciones de diferencias (ISDS) en el marco de la UE: Dictamen 1/17	430
1. Antecedentes	430

2. Sobre la compatibilidad del CETA con la competencia exclusiva del Tribunal de Justicia para la interpretación definitiva del Derecho de la Unión	434
3. Sobre el principio general de igualdad de trato y la exigencia de efectividad del Derecho de la Unión	443
4. Otras cuestiones	445
5. Dictamen 1/2017	447
A) Sobre la compatibilidad del mecanismo ISDS previsto con la autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión	447
B) Sobre la compatibilidad del mecanismo ISDS previsto con el principio general de igualdad de trato y con la exigencia de efectividad	452
C) Sobre la compatibilidad del mecanismo ISDS previsto con el derecho a un juez independiente	455

PARTE III LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA ARBITRAL

CAPÍTULO V. EL ARBITRAJE IMPARTIDO POR LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

I. La actividad administrativa arbitral	465
II. Arbitraje y sectores regulados: esclarecimiento obligado de su normalización	466
III. Administración en la aplicación de los instrumentos ADR	475
1. <i>Excursus</i> sobre la mediación	475
2. Primeras aplicaciones en el ámbito contencioso-administrativo	477
IV. Legalidad, administración e interés general	483
1. Juego combinado de estos postulados en relación con la introducción posible del arbitraje en las Administraciones Públicas	483
2. Búsqueda del interés general	487
3. Arbitraje y principio de legalidad	494
A) Interés general e intereses generales: una miscelánea compleja	494
B) Personalidad jurídica del Estado y personalidad jurídica de la Administración	503
V. Jurisdicción y arbitraje	507
1. A propósito de la celeridad	507
2. A propósito de la confidencialidad	508
VI. Proliferación del arbitraje administrativo	510
1. Arbitrajes y pseudoarbitrajes administrativos con forma arbitral y alma administrativa	510
2. Sustitución del recurso de alzada y potestativo de revisión	511
3. El denominado “arbitraje institucional”: un supuesto endógeno de solución de límites de competencias y atribuciones interna corporis en las Administraciones	514
4. Posición de las Administraciones Públicas como árbitro	517

CAPÍTULO VI. ARBITRAJES ADMINISTRATIVOS SECTORIALES (I): ARBITRAJE EN SECTORES REGULADOS

I. Arbitraje en el sector de las telecomunicaciones	523
1. Controversias suscitadas en el sector	523
2. Etapas reguladoras	524
3. Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones	526
4. Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones	533
5. Doctrina de los tribunales de justicia: asunto Sogecable	536

6. Intervención de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia	545
A) Perfiles de la nueva ordenación	545
B) Características de esta modalidad arbitral	548
II. Arbitraje de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia	553
1. Significación de la existencia de un organismo único regulador	553
2. Desespeño de funciones arbitrales de conformidad con el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia	555
3. Examen de la práctica arbitral	556
III. Referencia a otros sectores regulados	562
1. Junta Arbitral de Resolución de Conflictos sobre Tributos Cedidos	562
2. Comisionado para el Mercado de Tabacos	563
3. Arrendamientos Rústicos Históricos	564
4. Sistema arbitral en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y ac- cesibilidad universal de las personas con discapacidad	566

CAPÍTULO VII. ARBITRAJES ADMINISTRATIVOS SECTORIALES (II): AR- BITRAJE EXCLUYENTES DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-AD- MINISTRATIVA

I. Arbitraje de consumo	573
1. Nuevas perspectivas de la protección de los consumidores	573
A) Concepto de consumidor	575
B) Asociaciones de consumidores y usuarios	576
2. Características de la modalidad	577
A) Materias susceptibles de arbitraje	577
B) Juntas de Arbitrales de Consumo	578
C) Órganos arbitrales y árbitros	580
D) Convenio arbitral y oferta pública de adhesión	581
E) Mediación previa	586
F) Procedimiento	586
G) Arbitrajes electrónicos y colectivos	587
II. Arbitraje en el sector de los transportes	590
1. Antecedentes: las Juntas de Detasas	590
2. Juntas de Conciliación e Información del Transporte Terrestre	591
3. Juntas Arbitrales del Transporte	592
4. Incidencia de la Sentencia del TC 174/1995, de 23 de noviembre	595
5. Situación actual	596
III. Arbitraje deportivo	602
IV. Arbitraje en materia de bienes inmateriales	613
1. Arbitraje en materia de marcas	613
2. Arbitraje en materia de patentes	615
3. Arbitraje y propiedad intelectual	617
A) Marco general	617
B) Arbitraje de sustitución de tarifas	622

CONCLUSIONES	625
---------------------------	-----

BIBLIOGRAFÍA Y DOCUMENTACIÓN

Bibliografía	635
Manuales y monografías	635
Artículos y capítulos de libros	641

Tesis doctorales	654
Índice de textos y materiales	655
Tratados y otros instrumentos internacionales	655
Normativa de la Unión Europea	656
Legislación española	657
Legislación extranjera	663
Otros materiales	663
Índice de decisiones	665
Tribunal de Justicia Unión Europea	665
España	666
Tribunal Constitucional	666
Tribunal Supremo	669
Sala de lo Contencioso-administrativo	669
Sala de lo Civil	669
Sala de lo Social	670
Tribunales Superiores de Justicia	670
Audiencia Nacional	671
Audiencias Provinciales	671
Dictámenes del Consejo de Estado	672
Otros documentos	673
Otros países	673
Argentina	673
Bolivia	673
Colombia	673
Estados Unidos	673
Francia	674
<i>Cour de cassation</i>	674
<i>Cour d'appel</i> de París	674
<i>Tribunal des Conflits</i>	674
<i>Conseil d'Etat</i>	674
Italia	674
Reino Unido	675
Singapur	675
Suiza	675
Laudos arbitrales	675
CIADI	675
CCI	677
Otras sedes	677

ABREVIATURAS

AAA	American Arbitration Association
ABA	American Bar Association
ADC	<i>Anuario de Derecho Civil</i>
ADR	Alternative Dispute Resolution
AEDIPr	<i>Anuario Español de Derecho internacional privado</i>
<i>Am. J. Comp. L.</i>	<i>American Journal of Comparative Law</i>
<i>Am. J. Int'l L.</i>	<i>American Journal of International Law</i>
<i>Am. Rev. Int'l Arb.</i>	<i>American Review for International Arbitration</i>
<i>Ann. fr. dr int.</i>	<i>Annuaire français de droit international</i>
<i>Arb. Int'l.</i>	<i>Arbitration International</i>
<i>Arbitraje</i>	<i>Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones</i>
<i>Arbitration</i>	<i>Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management</i>
<i>ASA Bull.</i>	<i>Bulletin Association Suisse de l'Arbitrage</i>
<i>Bull. CIArb. CCI</i>	<i>Bulletin de la Cour Internationale d'Arbitrage de la CCI</i>
Cc	Código civil
CCI / ICC	Cámara de Comercio Internacional (París)
CCIM	Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 abril 1980
CEA	Corte Española de Arbitraje
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CETA / AECG	Acuerdo Económico y Comercial Global (UE–Canadá)
CG	Convenio europeo sobre arbitraje comercial internacional, hecho en Ginebra el 21 abril 1961
<i>Chi. J. Int'l L.</i>	<i>Chicago Journal of International Law</i>
CIAC	Construction Industry Arbitration Commission
CIADI / ICSID	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones
CIETAC	China International Economic and Trade Arbitration
CIMA	Corte Civil y Mercantil de Arbitraje
CNMC	Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia
CNY	Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958
<i>Columbia J. Transn'l L.</i>	<i>Columbia Journal of Transnational Law</i>
<i>Contemporary Issues</i>	<i>Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation. The Fordham Papers</i>
CPA	Corte Permanente de Arbitraje
CPC	Code de procédure civile de Francia, versión consolidada al 1 enero 2017
DAB	Dispute Adjudication Board
DB	Dispute Board
<i>Dir. comm. int.</i>	<i>Diritto del commercio internazionale</i>

Disp. Res. J.

DPCI

EAA

FIDIC

Fouchard, Gaillard, Goldman

Harv. Int'l L.J.

Harv. L. Rev.

HKIAC

Hous. J. Int'l L.

IBA

ICCA

ICC ICArb. Bull.

Int'l Comp. L.Q.

ILM

Int'l Arb. L. Rev.

Int'l Bus. Law.

Int'l. Law.

ICSID

ICSID Rev.

JEA

J. Int'l Arb.

Journ. dr. int.

LA

LA/1988

Law & Policy Int'l Buss.

La Ley

LCIA

LCJMC

LCS

LDIPr suiza

LEC

LEcrim

LM

LMU

LOPJ

LOTG

LRJAPPAC

MASC

Mich. J. Int'l L.

Dispute Resolution Journal.

Droit et pratique du commerce international

English Arbitration Act 1996

Federación Internacional de Ingenieros-Consultores

E. Gaillard y J. Savage, Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration, La Haya, Kluwer Law International, 1999.

Harvard International Law Journal

Harvard Law Review

Hong Kong International Arbitration Centre

Houston Journal of International Law

International Bar Association

International Council for Commercial Arbitration

ICC International Court of Arbitration Bulletin

International & Comparative Law Quarterly

International Legal Materials

International Arbitration Law Review

International Business Lawyer

The International Lawyer

International Center for Settlement of Investment Disputes

ICSID Review-Foreign Investment Law Journal

E. Verdera, J.C. Fernández Rozas, J.M. Beneyto y G. Stampa, *Jurisprudencia española de en España*, Cizur Menor (Navarra), Thomson, Reuters, Aranzadi, 2013 *arbitraje. 60 años de aplicación del arbitraje*

Journal of International Arbitration

Journal du droit international

Ley de Arbitraje

Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de arbitraje

Law and Policy in International Business

Revista Jurídica Española, La Ley

Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal

Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil

Ley del Contrato de Seguro

Ley Federal de Derecho Internacional Privado, de 18 diciembre 1987

Ley de Enjuiciamiento Civil

Ley de Enjuiciamiento Criminal

Ley de Mediación

Ley Modelo Uncitral sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985

Ley Orgánica del Poder Judicial

Ley Orgánica del Tribunal Constitucional

Ley 60/2003, de Arbitraje, como a una de derecho administrativo, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas

Métodos alternativos de solución de conflictos

Michigan Journal of International Law

NU	Naciones Unidas
OMC	Organización Mundial del Comercio
RAU	Reglamento de Arbitraje de la Uncitral de 1976
RCEA	<i>Revista Española de Arbitraje</i>
RDM	<i>Revista de Derecho Mercantil</i>
<i>Rec. des Cours</i>	<i>Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye</i>
REDI	<i>Revista Española de Derecho Internacional</i>
Regl. CCI	<i>Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de 2012 (modificado en 2017)</i>
<i>Regl. Uncitral</i>	<i>Reglamento de Arbitraje de la Uncitral de 1976 (revisado en 2010)</i>
<i>Rev. arb.</i>	<i>Revue de l'arbitrage</i>
<i>Rev. belge dr. int.</i>	<i>Revue belge de droit international</i>
<i>Rev. crit. dr. int. pr.</i>	<i>Revue critique de droit international privé</i>
<i>Rev. dr. aff. int.</i>	<i>Revue de droit des affaires internationales</i>
<i>Rev. dr. int. dr. comp.</i>	<i>Revue de droit international et de droit comparé</i>
<i>Rev. dr. unif./Unif. L. Rev.</i>	<i>Revue de droit uniforme/Uniform Law Review</i>
<i>Rev. int. dr. comp.</i>	<i>Revue internationale de droit comparé</i>
<i>Riv. arb.</i>	<i>Rivista dell'arbitrato</i>
<i>Riv. dir. int. pr. proc.</i>	<i>Rivista di diritto internazionale privato e processuale</i>
<i>Riv. dir. proc.</i>	<i>Rivista di diritto processuale</i>
<i>Riv. trim. dr. proc. civ.</i>	<i>Rivista trimestrale di diritto e procedura civile</i>
RP	Reglas de Praga
<i>SchiedsVZ</i>	<i>Zeitschrift für Schiedsverfahren</i>
SIAC	<i>Singapore International Arbitration Centre</i>
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
<i>Tex.Int'l.L.J.</i>	<i>Texas International Law Journal</i>
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TRLGDCU	Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
TUE	Tratado de la Unión Europea
Uncitral /Cnudmi	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
Unidroit	Instituto para la Unificación del Derecho Privado
<i>Word Arb. & Med. Rep.</i>	<i>Word Arbitration & Mediation Report</i> (Londres, BNA International Inc).
<i>Yearbook Comm. Arb'n</i>	<i>Yearbook of Commercial Arbitration</i>

INTRODUCCIÓN

I. Las relaciones entre arbitraje y las Administraciones públicas como objeto de investigación

1. El Estado como sujeto a arbitraje y el Estado como árbitro

En esta Tesis de doctorado examinaremos la situación del Estado como sujeto a arbitraje y el papel de Estado –y sus entes– como árbitro. Son pues estas dos caras de Jano en las que el Estado se desenvuelve dentro del arbitraje. Esta expresión, arbitraje del Estado (hablamos de Estado como *oberbegriff*, un supraconcepto que abarca a todo el sector público, a todas las diferentes Administraciones Públicas que pueden en su caso intervenir en arbitrajes y a sus organizaciones), tendrá que abarcar ambos órdenes de ideas. Veremos en el amplio examen que realizaremos sobre la jurisprudencia constitucional que ambos aspectos confluyen en su doctrina que efectivamente considera como supuestos de arbitraje.

Serán examinados de forma separada ya que se refieren a posiciones muy distintas del Estado.

En un supuesto, adoptando la posición de árbitro; en el otro, especialmente en el arbitraje internacional, sujeto a una posición equivalente a la que tiene un particular, abatidos todos sus privilegios, sin prerrogativas, sin excepciones a las reglas comunes y generales del proceso arbitral. El Estado eclipsado, podríamos decir.¹ Algo que,

¹ Para hacernos una idea de la importancia que tiene el sometimiento a arbitraje del Estado, algo que parece colisionar totalmente con las mentalidades establecidas entre los cultivadores del Derecho administrativo y que hacen una transposición típica de la mentalidad estatal interna y que se sorprenden ante los datos, aportamos nota del CIAR Global de 2 de julio de 2018 en la que se indica: “65 arbitrajes de inversiones iniciados en 2017, según informe de Naciones Unidas”.

La Conferencia de Naciones Unidas para el Comercio y Desarrollo ha publicado la edición de 2018 de su informe sobre inversiones internacionales. Según el informe, en 2017 se iniciaron al menos 65 nuevos arbitrajes de inversiones que invocaron tratados, lo que aumenta el total de casos conocidos a 855. Datos como que 13 árbitros acumulan un gran número de designaciones o que Argentina, Venezuela y España lideran el ranking de Estados más demandados en el cómputo global son algunas de las conclusiones.

El informe *World Investment Report 2018* ha sido publicado por la Conferencia de Naciones Unidas para el Comercio y Desarrollo y establece la actual situación del mercado inversor internacional atendiendo los datos de inversión y a las nuevas políticas industriales. Entre lo analizado: el funcionamiento del sistema de solución de controversias inversor-Estado (ISDS) del que nos ocupamos en este artículo.

Más de la mitad de las decisiones arbitrales sobre jurisdicción se decidieron a favor del Estado, mientras que aquellas decisiones sobre el fondo se decidieron a favor del inversor.

Según la información revelada hasta ahora, y teniendo en cuenta que algunos arbitrajes se mantienen en la más absoluta confidencialidad, se ajustaron los arbitrajes de inversiones a 75 en 2016 y a 80 en 2015.

En su momento, abundaremos en este informe, pero los datos sirven ya para enmarcar claramente la importancia del asunto para el propio Estado, a lo que añadimos, que el dato debería hacer reflexionar a la doctrina administrativista sobre lo que supone el arbitraje y, desde luego, afirmando el impacto que tiene este tipo de actuaciones para examinar el papel de la justicia administrativa, su conexión con el exterior y finalmente el propio concepto de Derecho administrativo, huérfano hasta ahora de examen sobre lo que el Derecho administrativo tiene que aprender y aprehender en el ámbito internacional.

advertimos ya, resulta ontológicamente difícil de aceptar para los cultivadores tradicionales y jacobinos del Derecho público, que han hecho del Estado y sus ramificaciones, el objeto vital de su dedicación y estudio. Y es que superar el añejo concepto estatal que desde Westfalia atribuyó al Estado todos los atributos más imperativos, resulta tarea complicada.

En el caso de ser el Estado el árbitro, tendría que actuar acomodándose a las reglas del arbitraje en la medida posible y necesaria, si bien, como veremos, sin dejar de ser las Administraciones Públicas lo que efectivamente son, personas jurídicas dotadas de imperio (*potestas*) y no solamente de autoridad (*auctoritas*)². Y valiendo esto último tanto para la Administración General del Estado, como para el resto de las Administraciones autonómicas y locales. Habrá quizás alguna matización o especialidad, pero sin duda alguna para ser arbitraje y ser reconocido como tal, se exigirá que las características esenciales del mismo se respeten. Y desde luego, podemos adelantar ya, que la jurisprudencia así lo ha hecho, consolidando cabalmente la opción de que las Administraciones puedan ser árbitros.

Al mismo tiempo, y forzado un tanto por el signo de los tiempos con la influencia que supone el reconocimiento paulatino de una mayor participación administrativa de los ciudadanos –expresión jurídica en el Derecho administrativo de lo que en teoría política suele denominarse democracia deliberativa–³, las Administraciones también formulan sucedáneos del arbitraje. No todos ellos son arbitrajes propiamente dichos, aunque existan algunos ejemplos aislados que sí encajan con la configuración tradicional de este instituto. Pero fórmulas tales como la terminación convencional, o soluciones “arbitrales” de conflictos interadministrativos, responden a esa fuerza y prestigio del arbitraje, pero resueltamente, no son arbitraje. Unido a supuestos en que se confía a las Administraciones soluciones administrativas que dirimen controversias entre privados, y que han ocasionado vaivenes jurisprudenciales, como tendremos cabal ocasión de examinar, especialmente en sectores regulados. Algún espacio habrá que dedicar, no obstante, a demostrarlo.

Tendremos ocasión de observar cómo, procedentes de la ingente evolución histórica, existen diferentes modelos y aún especies de arbitraje, con un ligero y fino *locus communis*, a saber, la resolución de conflictos por terceros no jueces. Y poco más, ya que veremos que todos los aspectos que predicamos, hoy, del arbitraje *tout court*, son sólo la expresión *del* modelo de arbitraje basado en *el* patrón UNCITRAL, que ha

Es de interés recordar que el Estado y sus personificaciones comparecen ante el arbitraje no solamente en los arbitrajes de inversión, sino también en los comerciales. Especialmente en los casos donde el objeto de la Litis arbitral se refiere a sectores como la construcción, infraestructuras, bienes públicos patrimoniales y eventualmente demaniales. *Vid.* M.A Burgos, “Double – Hatting in International Commercial Arbitration”, 40 *Under 40. International Arbitration* (2018), Madrid, Dykinson, pp. 87 ss, quien indica que en 2016 el 10% de los asuntos administrados por la ICC se refieren al Estado y sus entidades. “...Issues of public law are not necessarily excluded from the scope of international commercial arbitration and can be at stake in certain commercial disputes”.

² M. García Pelayo, *Auctoritas*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, 1969. Luego reproducido en sus *Obras completas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993. 3 volúmenes.

³ J. Habermas, “Política deliberativa: un concepto procedimental de democracia”, cap. VII de *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998; *id.*, *La inclusión del otro*, Barcelona. Paidós, 1999.

calado en nuestra doctrina y en nuestra mentalidad. Pero como advertiremos en la nota sobre la evolución histórica, este modelo no deja de ser la plantilla a la que se arriba tras un tormentoso proceso multisecular, pero en modo alguno, único, de arbitraje.

Insistiremos luego en esta idea cuando abordemos el progreso evolutivo del arbitraje, al que nos vemos obligados al ser esta tesis sobre un aspecto un tanto diferente de los que consumen los habituales estudios jurídicos sobre arbitraje, fundados en lo esencial en el desarrollo de ese modelo típico que tiene su claro reflejo además en la *actual* Ley de Arbitraje.

Reunir ambos fenómenos, el Estado como sujeto a arbitraje y el Estado como árbitro dentro de una misma Tesis, es una opción metodológica que adoptamos en conciencia. Bien hubiera sido posible la limitación a uno sólo de estos aspectos. Tendría entidad suficiente, desde luego, dada la considerable complejidad que de por sí ya encierra una examinación de la acción del Estado sujeto a arbitraje, nacional e internacional, como la de su peculiar posición como moderno *Pretor Peregrino* especialmente en los sectores regulados, en los que imparte soluciones que, sumadas una a una, acaban siendo toda una orientación, caso a caso, de la visión que el Estado tiene del correspondiente sector⁴.

Permítasenos una introducción para mostrar la materia objeto de nuestro estudio. Es como un anticipo para facilitar la lectura posterior, por lo que no debe acusarse de repetición a estas páginas iniciales, pensadas fundamentalmente para el lector común y exordio para el Tribunal juzgador de este trabajo de Tesis Doctoral.

Cualquiera que se aproxime, siquiera vulgarmente, a la expresión “arbitraje administrativo”, tendrá una idea aproximada de que nos encontramos ante una locución bifronte. De un lado, atiende a la idea, probablemente la más intuitiva, de que nos referimos al sometimiento de la Administración, y por sinécdoque del propio Estado, al juicio por árbitros de su actuación, de su actividad jurídica y material. Y ello tanto en el ámbito doméstico como –desde luego– en el internacional, aspecto descuidado paradójicamente por la doctrina administrativista y que justifica su desarrollo desde el Derecho internacional.

Pero a poco que profundizara en su estudio, aparecería en nuestro hipotético interlocutor la segunda cara de la misma moneda, esto es, apelar a la idea de que ese enunciado también puede referirse a la institución en la que es el propio Estado, valga Administración Pública, como única personificación interna de aquél, el que adopta la posición de árbitro y solventa una controversia que le encargan los particulares, siendo así la decisión pública la que decide en términos de justicia ese conflicto.

Ciertamente, este último aspecto es más propio del Derecho público interno, esto es, en definitiva, del Derecho administrativo. Pero tanto por orientación de nuestro Director de Tesis, como por el hecho de que es clave conocer cómo se desenvuelve la propia Administración Pública –llamada a su vez como hemos visto, a ser objeto de arbitraje especialmente en el ámbito que a nosotros nos interesa, el internacional–

⁴ Tomamos la referencia clásica en cuanto el Pretor impartía jurisdicción a terceros, no mediante el oficio de *Iudex*. F. Serrao, *La iurisdictio del pretore peregrino*, Milán, Università di Roma. Pubblicazioni dell'Istituto di diritto romano e dei diritti dell'Oriente Mediterraneo 1954.

tenemos que comprobar su desempeño, lo que significa su actuación formal cuando asume la posición arbitral.

Así tendremos una visión más completa de lo que pone en juego el instituto arbitral en todas sus facetas, en su más amplia dimensión. Si bien hay que apresurarse a indicar que bastarán algunos supuestos significativos, algunos de los cuales (v.gr., arbitraje de consumo, laboral...) merecerían un trato aparte que aquí no podemos ofrecer en su integridad dada la dimensión que ocuparía y la dispersión de objetivos que supondría.

En resolución pues, la expresión un “Arbitraje del Estado” tiene carácter anfibológico, que en su disemia obligaría a elegir, para que una vez escogido cuál de los dos caminos vamos a transitar, ofrezcamos al lector esa vía conocida y que así podríamos peregrinar con alguna seguridad por cualquiera de los dos caminos. Pero, sin embargo, y atendiendo a las orientaciones de nuestro director de tesis, hemos seguido los dos pasajes, las dos vías, evitando pararnos en el cruce y aventurándonos a explorar las dos calles, una detrás de otra, para disponer así de una visión completa, de conjunto, o por usar la terminología de moda, holística. Siempre, insistimos, con la limitación estricta indicada ya que hay bloques enteros de arbitraje por las Administraciones Públicas que ameritarían toda una tesis dedicada a ellos.

Probablemente en un mundo globalizado, totalmente interconectado, sea quizás la mejor y más apropiada manera de abordar el significativo papel del Estado, *rectius*, de todas las Administraciones, empresas públicas, organismos autónomos, inclusive entes públicos no administrativos (como ocurre en los comités paritarios del arbitraje laboral), en fin, el papel, nuevo y en gran medida poco conocido, de las relaciones entre los poderes públicos ejecutivos y el instituto arbitral.

Un tema relativamente poco explorado, con la clara excepción del arbitraje internacional donde se da por supuesto, sin excesiva teoría jurídica administrativista pero con notable discusión política, que el Estado pasa a constituirse en sujeto del arbitraje⁵. Y

⁵ Vid. en general y de manera introductoria a todo el nuevo orden económico en que se inserta hoy el Estado, el trabajo de mi maestro, el profesor J.C. Fernández Rozas *Sistema de Derecho económico internacional*, Cizur Menor, Civitas. 2010. Es un caso donde se mezclan magníficamente instituciones de Derecho Internacional Privado con las del Derecho Internacional Público, y que al referirse a sujetos privados, ha logrado que se decante básicamente por ser ejercido, con alguna excepción, por iusprivatistas quienes aportan claramente lo que supone la autonomía de la voluntad, y eventualmente la dignidad de la persona, en un juego de relaciones donde sin tal visión, quedaría este tipo de arbitraje formulado a través de técnicas casi geométricas, algebraicas, del Derecho. Y ello supondría ir alejándose así del importantísimo papel que la aceptación de la institución arbitral ha de tener en un mundo globalizado y donde precisamente una de sus sistematizaciones, el arbitraje de inversiones, ha suscitado las mayores críticas; críticas ligadas, desde luego, al nacionalismo pero también, indefectiblemente al papel que la evolución de conceptos centrales hoy en el Derecho, tales como el medio ambiente, respeto a minorías étnicas, género, edad, origen, o derechos humanos, cobran importancia y perspectiva. Lo cual lleva a tener que disponer de árbitros con una visión integral, y en la cual la reflexión sobre la persona, individual y considerada como grupo, tenga también su sitio, su espacio, a veces central. No extrañe pues que ya hayan comenzado a plantearse con seriedad estudios sobre “Arbitraje como solución de disputas en el ámbito de los derechos humanos”, todavía en una fase incipiente pero creciente. Tómese así nota, por ejemplo, de “Business and Human Rights Arbitration project” Report | Drafting Team Meeting 25 and 26 January 2018. The Hague, The Netherlands. “The purpose of the first meeting of the Drafting Team was to identify and to hold initial discussions of some key issues relevant to the preparation of a set of arbitral rules in international disputes concerning business-related human

asimismo se le puede otorgar un papel genuinamente arbitral, incluyendo en tal potestad la de enjuiciar a su propia galaxia administrativa cuando se enfrente jurídicamente con un particular o, eventualmente, cuando sean dos las entidades o sujetos privados necesitados de una rápida solución (algo ligado especialmente al ámbito regulador).

2. *Carácter autónomo de la mediación*

También debemos examinar, aunque distinguida con claridad del arbitraje, la reciente aplicación del instituto de la mediación a la resolución de conflictos con la Administración Pública, tanto en fase previa, como inclusive en lo que hace a la propia ejecución de Sentencias contencioso – administrativa. Alguna indicación haremos asimismo a los supuestos de conciliación en fase de ejecución de Sentencias (y nada menos que en el propio Tribunal Supremo, asunto *Fundación Ortega y Gasset, edificio calle Fortuny de Madrid*) y transacciones, donde se hará referencia a la doctrina del Consejo de Estado.

Cabe insistir en que la mediación está situada en el pórtico de apertura al arbitraje por la mayor predisposición de la Administración a utilizar esta herramienta y al hecho de que cabe utilizarla dentro del propio procedimiento judicial (mediación

rights abuses”. Subsidy for the project is being provided by the City of The Hague. Project management was initially carried out by *The Hague Institute for Global Justice (IGJ)*. The project, however, is being implemented by the *Center for International Legal Cooperation (CILC)*. The project has been presented at the last three United Nations Business and Human Rights Forums and a meeting of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (SCC).

El reglamento está siendo elaborado por un equipo de redacción presidido por Bruno Simma, ex juez de la Corte Internacional de Justicia. El proyecto está siendo financiado por la ciudad de La Haya, y el Ministerio de Asuntos Exteriores de los Países Bajos, como agencia de apoyo.

Añadimos que los internacionalistas sí se han preocupado de examinar el papel del Estado como sujeto de derecho internacional y lo han hecho desde hace décadas; es un *corpus* doctrinal perfectamente normalizado, sin fisuras ni forzaturas. Es lástima que no se haya producido una cooperación por parte de los administrativistas, quienes en general insistiendo en que el Derecho administrativo es el Derecho público interno por excelencia, acaban en la cúspide gubernamental interna su expresión de la personalidad de la Administración Pública sin caer en la cuenta que ante organismos como el CIADI, se examinarán también actos puramente internos procedentes de las Administraciones Públicas (amén de otros actos, inclusive legislativos, cuestión aparte ahora). Es decir, que en esta fase de globalización, el Derecho administrativo tiene actos que penetran fronteras yendo más allá del ámbito puramente doméstico. Es claro, especialmente, en el ámbito del Derecho europeo, el tradicional Derecho comunitario, donde se especifica con claridad que existen múltiples actos que procedentes del Derecho público interno, serán examinados por los Tribunales de la Unión, llegado el caso. Inclusive, recordemos *en passant* que hay actos aparentemente administrativos que por esconder un acto privado, son ejecutables en otro Estado miembro, lo que muestra que se amplía la base de la proyección exterior de tales actos procedentes de las Administraciones Públicas (SSTJUE de 15 de febrero de 2007, asunto C–292/2005); 28 de abril de 2009, asunto C–420/2007; de 18 de octubre de 2011, asunto C–406/2009; de 19 de julio de 2012, asunto C–154/2011; de 11 de abril de 2013, asunto C–645/2011; y de 12 de septiembre de 2013, asunto C–49/2012. *Disputes between public authorities and legal entities under private law can fall under the regulation, unless the public authority is acting in the exercise of its public powers* (vid., v.gr., STJEU 12 septiembre 2013, C–49/12, par. 33–35 y STJEU 9 marzo 2017, C–551/15, par. 33–35), C–551/15 – *Pula Parking*; STJUE (Sala Segunda) de 9 de marzo de 2017).

intrajudicial) sin entorpecer o cuestionar la competencia de los Jueces contenciosos. Y ya existen supuestos –aunque pocos– en los que, inclusive en fase de ejecución de una Sentencia, se ha impulsado por los jueces (con dificultades) la puesta en marcha de la mediación. En cambio, el arbitraje todavía tiene dificultades en el ámbito interno, fruto de la negativa en general de la Administración a someterse a cualquier otro poder que no sea el muy conocido de la jurisdicción contencioso–administrativa.

Ciertamente, si se tratase esta investigación de una Tesis sobre arbitraje comercial o, en general, sobre arbitrajes más o menos normalizados, no tendría lugar el examen de la mediación. Pero es que tenemos que examinar un supuesto realmente extraordinario, como es la posición del Estado frente al arbitraje, activa y pasivamente. Y en esa investigación, resulta imprescindible abordar este instituto como primera aproximación a un medio no habitual de resolver los conflictos en los que intervengan las Administraciones Públicas.

Ahora bien, intentar siquiera examinar y conocer lo que es el arbitraje administrativo, en la doble faz anunciada, obliga a ahondar en la propia figura del arbitraje común, puesto que habrá que analizar si se puede hablar de arbitraje cuando entre el poder público en juego; bien como árbitro, bien como arbitrado. Y ello no puede hacerse de una manera superficial, sino examinando lo que es el arbitraje en el derecho común, procesal, civil y mercantil y con apunte al propio arbitraje internacional.

II. Objeto de estudio

1. Cuestiones de delimitación

Una visión completa, que de manera integral sitúe al Estado ante el arbitraje, se logra examinando la total posición del mismo, comprobando su situación y actuación. Aunque sea obligando al posible lector de este trabajo a seguir, con alguna fatiga, la suma de lo que son dos tesis que bien hubieran podido leerse por separado. Pero el resultado de este esfuerzo, tal como desde la dirección de la tesis se nos indicó, merece la pena ya que ofrece esa visión completa que indefectiblemente sirve para examinar la posición integral de lo que el Estado y sus Administraciones tienen que realizar en relación con el instituto arbitral.

Quisiéramos indicar que se hará una concisa referencia al denominado arbitraje de consumo. Concisa pese a ser el arbitraje sectorial de referencia, *caveat* éste sobre el que insistiremos ya que somos conscientes de que es en el arbitraje de consumo donde con mayor incidencia y aun consistencia, actúa la Administración Pública como órgano resolutorio del conflicto.

De hecho, cualquier aproximación al objeto de estudio sobre posición de la Administración Pública como impartidora de soluciones arbitrales, remite de inmediato, con toda evidencia, al arbitraje de consumo. Ahí se encuentran desarrollados con amplitud de legislación (nada menos que europea, estatal, autonómica y local) todos los aspectos relativos al arbitraje por la Administración, los derechos de los interesados (consumidores), el concepto de consumidor como interesado y administrado con un *status* procedimental y procesal, unido a una considerable jurisprudencia que ha desarrollado aquí y fuera de aquí, todo este interesante supuesto. Por ello, algo hemos de indicar, aunque no sea más que para mantener los rasgos esenciales de la figura.

Pero, siguiendo el *dictum* del director de esta Tesis, procede hacer breves nuestras reflexiones ya que tiene suficiente tratamiento en la obra de mercantilistas, administrativistas y también civilistas. Es un campo ya roturado y colonizado jurídicamente, sin que podamos aportar más aperos y pertrechos sin incurrir en reiteración.

El objeto del trabajo es, pues, el estudio, propuestas y soluciones sobre la consideración y relaciones entre la institución del Arbitraje y el Estado. Estado considerado en su globalidad y asimismo en sus distintas organizaciones internas, estructurado a través de una persona jurídica única, la Administración General del Estado, y su galaxia administrativa, esto es, el conjunto de personas jurídicas anexas al mismo, comprendiendo toda clase de organismos, empresas públicas, y demás fracciones organizativas de dicha Administración, sea dicho en términos globales y descriptivos, habida cuenta de la enormidad de unidades de todo tipo dependientes o vinculadas a la Administración Pública y que de una u otra forma remiten a esta *Potentior Personae*.

Conocer lo que es el arbitraje en general, será una tarea imprescindible previa ya que la fuerte inercia contraria a su aplicación en el campo del Derecho público y singularmente a las propias Administraciones Públicas, se ha traducido en la existencia

de múltiples instituciones más o menos cercanas que sin embargo no constituyen lo que es esta institución propiamente. Así que en los primeros capítulos repasaremos lo que efectivamente es el arbitraje para comprobar luego si esas conclusiones se pueden aplicar con exactitud al Derecho administrativo y si la propia Administración juega ese papel. Y eso, que existen, intercalados, intentos más o menos cercanos que animan a afirmar esa posibilidad, pero que siempre es discutida, incluso marcha atrás como ha sucedido en la contratación pública.

A modo ilustrativo, basta remitir a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014⁶ que precisamente será una de las piezas legislativas sobre la que operar en este trabajo, para caer en la cuenta del carácter descriptivo y concreto de lo que resulte ser ese complejo denominado sector público (tema sobre el que volveremos en su momento) y donde se ha suprimido la referencia directa al arbitraje tal como venía sustentándose en la legislación anterior, quedando apenas una vaga referencia a determinados contratos con empresas extranjeras. Además, el sector público está regulado por diferentes legislaciones que a su vez lo definen de forma diferente o al menos no siempre coincidente (Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas; Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa entre otras).

Ese sector público, que como un vórtice parte del núcleo duro que es la propia Administración Pública, se va extendiendo mediante flujos continuados en espiral normativa según vayan demandando las distintas corrientes doctrinales que inspiran la legislación contractual pública o la que en su momento determine la aplicación de la legislación sectorial correspondiente. Con lo cual, de esa extensión sectorial aparecen múltiples fragmentos y restos de la Administración, diferentes de ella, pero igualmente dotados de elementos de poder público, que plantean justamente la cuestión del sometimiento a arbitraje. Y ahí precisamente, en esos retazos, fragmentos o unidades que se van desprendiendo del núcleo central –la Administración Pública *tout court*– van a hacer su aparición las instituciones arbitrales, según tendremos oportunidad de ver, en ocasiones.

Andan muchas veces precedidas, como si de un alumbramiento se tratase, de técnicas de aproximación a las mismas, tales como la terminación convencional, la conciliación, la mediación, el compromiso, las transacciones y otras múltiples figuras afines que van anunciando la epifanía próxima del arbitraje instaurado a través técnicas que establecen, quizás en términos perentorios en el futuro, la sujeción a arbitraje de determinados conflictos en el seno del sector público así descrito. Es algo así como ir poco a poco a fin de evitar el arbitraje de momento, pero sabedores de que es una opción realista, útil y que, en el contexto de la globalización, supone la mejor y más fiable opción para lograr la inversión económica y la resuelta solución de conflictos. Otra cosa será la propia evolución endógena del arbitraje, que empieza a mostrar de

⁶ BOE 9.11.2017.

manera decidida, otras caras nuevas y hasta ahora poco practicadas, como *ad exemplum* los tribunales permanentes de arbitraje⁷.

Y es que cuando enfrentamos el arduo problema de someter a arbitraje a las Administraciones en el ámbito interno, doméstico, de inmediato surgen problemas que no se plantean en el examen ordinario del instituto arbitral. Así, la aplicación del principio de legalidad, reserva de jurisdicción (suma de los arts. 103 y 106 CE), interés general como *leit motiv* de su actuación, exigen examinar en detalle el fundamento constitucional del arbitraje; algo que, insistimos, no sería necesario realizar cuando el sujeto arbitrado es una persona privada.

Aún más: inclusive aspectos de segunda derivada en el desarrollo y aplicación del arbitraje, como la confidencialidad o la recusación⁸, cobran nueva perspectiva, polémica, cuando se enfrentan con las exigencias de transparencia o la designación gubernamental o administrativa de arbitrajes públicos. Igualmente la cuestión de la profesionalidad de los árbitros, el *modus operandi* de los árbitros cuando son funcionarios designados; la doble actuación que pueden tener como reguladores y al mismo tiempo como árbitros en el seno de una institución; la matización sobre la voluntariedad en la aceptación del arbitraje; la posibilidad – o no – de que existan “actos separables” previos y como tales impugnables ante la jurisdicción contenciosa y no ante la civil; la extensión del arbitraje sobre cuestiones meramente inducidas y derivadas del convenio arbitral, pero no directamente incluidas en el mismo; en fin, la configuración de un arbitraje en alguna medida especial pero desde luego, arbitraje. Todas éstas, y otras que irán apareciendo, son cuestiones que obligan a examinar en profundidad y con alguna extensión, lo que significa el arbitraje. Con lo cual está servida la exigencia de estudiar lo que es el arbitraje en su evolución, y lo que significa en el contexto constitucional.

Lo cual lleva directamente a tener que realizar un examen en profundidad de los fundamentos de esta figura, a través de un examen amplio de la jurisprudencia constitucional y, en la medida apropiada, del derecho comparado, especialmente de Francia habida cuenta que el Derecho público interno español es tributario históricamente del francés, por lo que la evolución reciente del mismo puede ser un buen acicate para, a su vez, provocar entre nosotros el debido cambio legal.

2. Superación de las reticencias del Estado

La resistencia al arbitraje del Estado, encuentra ahí sus referencias más claras y vencer esa hostilidad a la admisión del arbitraje, exige sostener de forma robusta y solvente, el fundamento en que el instituto arbitral encuentra apoyo, con el fin de

⁷ J.C. Fernández Rozas. “Permanencia y expansión del bilateralismo: Los acuerdos comerciales de nueva generación entre la Unión Europea y terceros países”, *La Ley Unión Europea*, nº 68, 2019, donde el lector encontrará una acabada explicación de la evolución, en parte endógena, en parte exigida por la Unión Europea, de esta novedosa aproximación al instituto arbitral internacional y cuya futura expansión interna, es también augurable.

⁸ J. Sánchez-Calero, “La abstención y recusación del árbitro”, *Arbitraje*, vol. V, nº 2, 2012.

comprobar que, en efecto, sostiene también la aplicación de esta institución al Estado. Y, como cruz de la misma moneda, esa misma rotundidad será la que fundamente la opción arbitral por parte del Estado, ya que saber hasta qué punto esta *Potentior Personae* puede ejercer con naturalidad la función arbitral, exige asimismo de un sólido fundamento ya que entre sus funciones tradicionales no se encuentra organizada de forma natural y habitual, el arbitraje.

Idénticas razones de racional aproximación al instituto arbitral activo y pasivo por parte del Estado, hace que figuras ciertamente cercanas, pero con claridades diferenciadas del arbitraje, como la mediación, y la terminación convencional, merezcan igualmente un examen siquiera somero. Porque lo que no se necesita en el caso del arbitraje entre personas privadas, donde la mediación no se exige como elemento que dé cuenta de lo que esa aproximación a la justicia alternativa supone, sin embargo, aquí, en relación con el Estado y sus Administraciones, cobra primera importancia. Porque veremos que inclusive la mediación ha sufrido enormemente cuando se la pone en conexión con el Derecho público. De ahí que la doctrina administrativista siempre acuda a la mediación como instancia que va alumbrando las posibilidades de fundir las resistencias que al arbitraje se imponen en este ámbito⁹.

Cierto que contamos con el sometimiento del Estado, como persona jurídica de Derecho público, al arbitraje internacional. Algo que despeja algunas dudas existenciales sobre la posibilidad misma de que sea arbitrable tan imponente persona. Pero ahí se cuenta con su consentimiento previo expresado en el Tratado internacional, con lo cual, gran parte de las dudas se resuelven en ese instrumento.¹⁰ Y, aun así, como veremos, están siendo discutidos los laudos procedentes de algunos arbitrajes que contaban con tal protección cartularia.

Lo cual, dicho sea de paso, plantea incluso ciertas cuestiones sobre la definición misma del Derecho administrativo, que tradicionalmente se consideraba como el Derecho público interno por excelencia y que tras la incorporación a la Unión Europea y a un mundo globalizado, en realidad, deja de ser un ámbito exclusivamente doméstico el que lo define.

De ahí que no extrañe que haya comenzado, con fuerza creciente, a plantearse el concepto mismo de Derecho administrativo a partir de la extensión del mismo más allá de sus fronteras, esto es, superando el carácter estrictamente territorial que, desde el venerable, pero quizás superado en este punto, Código Civil, venía encerrando el Derecho administrativo exactamente dentro del ámbito de poder que el sujeto soberano ejercía. Y es que la existencia primero de un genuino Derecho administrativo europeo,

⁹ C. Espluges Barona, *Arbitraje y Derecho administrativo. Teoría y Realidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 123 ss.

¹⁰ Este es un tema clásico del Derecho internacional, sobre el que han corrido ríos de tinta y que no es necesario examinar, pero sí, hay que decirlo, también hoy desde la perspectiva del Derecho administrativo, que como Derecho público interno del Estado, sufre estas transformaciones en esta era y esto es lo que aquí y ahora conviene destacar. *Vid.* A.R. Brewer-Carías. “El consentimiento del Estado al arbitraje internacional en la Ley De Promoción y Protección de Inversiones de 1999 y sus vicisitudes”, *El Derecho administrativo global y el arbitraje internacional de inversiones: una perspectiva iberoamericana en el marco del cincuenta aniversario del CIADI* / coord. por Jaime Rodríguez-Arana y José Ignacio Hernández G., 2016, pp. 129–196.

no solo superpuesto al interno sino con aplicación inmediata también en múltiples circunstancias domésticas con la consecuente ejecución interna en litigios, ya generó una primera modificación del empleo del Derecho administrativo¹¹. A lo cual se sumó, paulatinamente un Derecho administrativo global, hoy absolutamente inexcusable¹².

Por otro lado, para centrar el tema, diremos que, si bien el centro de gravedad permanente de esta obra se refiere a la Administración General del Estado y su galaxia administrativa como sujeto de arbitraje, también habrá que hacer un *excursus* al resto de las distintas Administraciones Públicas en el seno de un Estado compuesto, como es el que surge de la fuerte descentralización política que instaura la Constitución de 1978. En consecuencia, se examinará, con la brevedad que requiere el caso, la aplicación de las instituciones arbitrales al resto de las Administraciones Públicas Territoriales y sus distintos desprendimientos orgánicos, incluyendo pues referencias a las Comunidades Autónomas y Entidades Locales, amén, se insiste, de sus unidades orgánicas desprendidas del seno del núcleo duro de cada Administración.

Esa consideración y relación de las Administraciones con el arbitraje, por nuestra parte, será pues, doble, examinando de un lado el aspecto más tradicional, el Estado sujeto a arbitraje, y, asimismo, la peculiar posición del Estado como árbitro. Y de otro lado, en ese eje de coordenadas en que se ensambla esta Tesis, asimismo habrá que examinar el papel que ocupa el Estado y sus Administraciones en el ámbito internacional y en el doméstico, donde descubriremos la posibilidad de “préstamos mutuos” que permitirán un apoyo decidido en la propia teoría, a la arbitrabilidad del Estado y sus Administraciones Públicas. Veremos que es un análisis fecundo ya que, en medida

¹¹ M. P. Chiti, *Derecho administrativo europeo*, Madrid, Civitas. 2002; *Towards an EU Regulation on Administrative Procedure? Directorate general for internal policies policy department c: citizens' rights and constitutional affairs legal affairs* “Manuscript completed in October 2010”, European Parliament, Brussels, 2010. *In accordance with the principle of primacy of European law over national laws, Union administrative law affects the States' administrative laws in all their parts: organisation, procedure, finance, guarantees. With other legal techniques, European law becomes part of an integrated administrative law (a mix of European and national sources), especially visible in the case of the “composed” administrative procedures*”; E. Nieto Garrido e I. Martín Delgado, *European Administrative Law in the Constitutional Treaty*, Hart Publishing, Oxford, 2007, *Derecho administrativo Europeo en el Tratado de Lisboa*, Madrid Marcial Pons, 2010. Nótese que inclusive en ámbitos propios del derecho privado, se va abriendo algún camino, lentamente, el Derecho administrativo, como sucede en la ejecución de documentos administrativos en otros Estados miembros en aplicación del Reglamento 1215/2012 de 12 de diciembre, tal como pone de manifiesto, por ejemplo, la STJUE (Sala Segunda) de 9 de marzo de 2017 asunto C-551/15, *Pula Parking d.o.o.* aspecto al que luego nos referimos con mayor intensidad.

¹² J.-B. Auby, *La globalisation, le droit et l'Etat. Clefs politique*. “*Dans la globalisation juridique, les hiérarchies normatives deviennent plus complexes. La répartition des rôles entre droit international et droit interne devient moins claire, et le contenu de la distinction entre droit public et droit privé tend à se modifier*”; y con ocasión, inclusive personal por avatares de la vida, realizando un estudio seminal sobre el Derecho administrativo Internacional, A.R. Brewer-Carías, “El procedimiento administrativo global para la protección de las personas ante la Interpol, frente a los Estados”, *Estudios de Derecho administrativo*, nº 11, 2015, pp. 43-136; O. Mir Puigpelat. *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho administrativo*, Thomson-Civitas. 2004. Conviene no confundir esta ampliación del Derecho administrativo con el clásico supuesto de Derecho internacional administrativo sobre organizaciones internacionales, que claramente es Derecho internacional público examinado a la manera tradicional.

nada desdeñable, dificultades tradicionalmente erigidas por la doctrina administrativista para admitir el arbitraje del Estado como sujeto y parte del mismo, se resuelven cuando se examina la perspectiva internacional y se extraen las debidas consecuencias, ausentes de examen en general por los cultivadores del Derecho administrativo.

Y es que partir en nuestros días, de la tradicional tesis comúnmente aceptada de que el Derecho administrativo es, exclusivamente, el Derecho público interno por excelencia, tropieza con crecientes dificultades, de las que son muestras, precisamente, los casos de arbitraje internacional, donde cobra un lugar preeminente en los laudos que se dictan, el análisis concreto de las fuentes y aplicación del Derecho administrativo. El cual así se proyecta y cobra vida extramuros de la jurisdicción interna, en ámbitos comunitarios europeos o internacionales. Y lo hace ya con alguna frecuencia, no como un elemento esporádico y exótico de alguna resolución extranjera.

Ese Derecho público tiene así presencia e importancia allende la frontera delimitada por el principio de territorialidad, asumiendo así que existe un engarce preciso y continuado entre la actuación y calificación doméstica y su aplicación externa realizada por jurisdicción externa o extramuros de la propiamente tradicional. Lo que se debe a la extensión del Derecho administrativo y su invasión de otras materias.

3. Perspectiva transfronteriza

Así, tímidamente, algunas infracciones administrativas pueden dar lugar a soluciones de reconocimiento mutuo (Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea. Título IX. “Resoluciones por las que se imponen sanciones pecuniarias”, en cuyo art. 173 ya se aceptan las sanciones administrativas¹³, si bien todavía se exige para establecer el procedimiento de reconocimiento mutuo que tales infracciones administrativas sean recurribles ante un juez penal, algo de difícil aplicación en el derecho interno español).

En esta línea, hay que destacar que en aplicación del Reglamento 1215/2012 de 12 de diciembre, continuador del Convenio de Bruselas (1968, 2001), Reglamento (UE)1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, viene admitiendo que existen actos formalmente administrativos, incluso recurribles ante la jurisdicción contencioso –administrativa, que sin embargo por tener un contenido que en el fondo es civil, pueden ejecutarse mediante esta técnica.

Así, entre otras, Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 9 de marzo de 2017, *Pula Parking*¹⁴, recoge una cierta tradición de distinguir entre fondo y forma en

¹³ Se entenderá por sanción pecuniaria la cantidad de dinero exigida por una resolución firme en concepto de multa impuesta como consecuencia de la comisión por una persona física o jurídica de una infracción penal o administrativa, siempre que, en relación con estas últimas, las sanciones administrativas fueran recurribles ante un órgano jurisdiccional penal.

¹⁴ STJUE 9 de marzo de 2017, *Pula Parking*.

los actos administrativo y nos recuerda que el concepto de derecho civil y mercantil del Reglamento 1215/2012 es un concepto autónomo que debe ser interpretado conforme al propio espíritu del Reglamento y que no depende del contenido concreto que le hayan dados los Estados miembros a una concreta resolución:

“35. En el caso de autos, como puso también de manifiesto el Abogado General en los puntos 49 a 51 de sus conclusiones, la gestión del aparcamiento público y la percepción de las tasas de estacionamiento constituyen una actuación de interés local que realiza Pula Parking, empresa propiedad del Ayuntamiento de Pula. No obstante, aunque las facultades de Pula Parking le han sido conferidas por un acto de una autoridad pública, ni la determinación del crédito de estacionamiento impagado —de naturaleza contractual— ni la acción para cobrarlo —que tiene por finalidad salvaguardar intereses privados y que se rige por las disposiciones nacionales de Derecho común aplicables en las relaciones entre los particulares— parecen requerir el ejercicio de prerrogativas de poder público por parte del Ayuntamiento de Pula o de Pula Parking.

36. A este respecto, parece resultar de la documentación con que cuenta el Tribunal de Justicia —extremo que, no obstante, corresponde comprobar al tribunal remitente— que el crédito de estacionamiento reclamado por Pula Parking ni va acompañado de sanciones que puedan considerarse derivadas del ejercicio del poder público ni reviste carácter punitivo, sino que constituye, por tanto, la mera contrapartida de la prestación de un servicio. [...]

39. A la luz de todas las consideraciones anteriores, procede responder a la primera cuestión prejudicial que el art. 1, apartado 1, del Reglamento nº 1215/2012 debe interpretarse en el sentido de que un procedimiento de ejecución forzosa instado por una sociedad propiedad de una entidad local contra una persona física domiciliada en otro Estado miembro para cobrar un crédito impagado de estacionamiento en un aparcamiento público, cuya explotación fue encomendada a esa sociedad por dicha entidad local, que no presenta carácter sancionador alguno y que constituye, en cambio, la mera contrapartida de la prestación de un servicio, está incluido en el ámbito de aplicación de ese Reglamento.”

También cabe citar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Bolonia que recoge un gran caudal jurisprudencial y que afectaba al asunto del Real Colegio de España en Bolonia donde se está ejecutando un Real Decreto español en aplicación del Reglamento Bruselas refundido, siendo así que internamente, aquí en España, se ventila la cuestión ante la Jurisdicción Contencioso–Administrativa¹⁵:

“Il Regolamento 1215 dichiaratamente si applica alla materia civile e commerciale, nozione che, nella accezione propria del diritto della Unione, va delimitata essenzialmente in ragione della natura dei rapporti giuridici fra le parti in causa o dell’oggetto della lite (v., in tal senso tra le altre Corte di Giustizia, sentenze dell’11 aprile 2013, nella causa C–645/1; del 15 febbraio 2007 nella causa C– 292/05). Neppure la circostanza che un’Autorità Pubblica sia parte della controversia pregiudica l’applicazione del Regolamento, salvo che l’Autorità Pubblica agisca nell’esercizio della sua potestà d’imperio (v., sentenze del 28 aprile 2009, nella causa C–420/07, del 19 luglio 2012, nella causa C– 154/11). Ora, per definire i rispettivi ambiti, occorre esaminare i criteri di interpretazione uniforme del Reg. 44, (che pure limitava il proprio ambito di operatività alla materia “civile e commerciale”) forniti dalla Corte di Giustizia, nelle numerose pronunce rese (vedi tra le altre Sentenza 28 aprile 2009, nella causa C.420/2007; 18 ottobre 2011, nella causa C–406 del 2009; 11 aprile 2013 nella causa C–645/2011, e 12 settembre 2013 nella causa C–49 del 1 2012), ove la Corte ha ritenuta decisiva la qualifica della natura dei rapporti giuridici tra le parti, e l’oggetto della lite, includendo nella materia civile anche rapporti di cui sono parti soggetti pubblici, ogniquale volta i diritti in capo alle parti abbiano una connotazione privatistica, e non si

¹⁵ N. R.G. 2016/4787. Tribunale ordinario di bolognauarta sezione civile. Dra. Rossi.

faccia applicazione di norme che attribuiscono potestà pubbliche, e correlate posizioni di soggezione."

Y puede continuarse examinando, así otros aspectos y ámbitos, como el procedimiento administrativo, del que ya existen, al menos en el ámbito de la Unión Europea, claras propuestas del Parlamento Europeo para unificar mediante Reglamento toda la acción administrativa de las instituciones comunitarias y que, a su vez, por efecto reflejo, sirva como base a una cierta armonización (Código ReNEUAL)¹⁶.

Son limitadas aperturas a la introducción del Derecho administrativo fuera de las fronteras tradicionales marcadas por la jurisdicción contencioso-administrativa. Es una posición del Tribunal de Justicia de la Unión Europea caso por caso. Y desde luego, sujeta a un análisis exigente que no permite afirmar que se hayan derrumbado las tradicionales cautelas sobre la extensión del contencioso. Y con el mismo, del propio Derecho administrativo, íntimamente ligado a dicho proceso en fase, incipiente, de reconocimiento mutuo.

O igualmente, si se quiere, en el ámbito de la libre circulación de personas, y ya con carácter de Derecho administrativo internacional, la existencia misma de Interpol, donde actos administrativos de policía, están ampliamente aceptados como válidos con un sistema de notificaciones administrativas, administración electrónica y bases de datos intercomunicadas, plenamente aceptadas como válidas y títulos ejecutivos en el plano de la respectiva Administración nacional.¹⁷

Ciertamente no es el caso afirmar, sin más, que exista un Derecho administrativo Internacional consolidado. Falta mucho para que, al igual que en Derecho civil y Derecho mercantil, se dé el paso de una cierta aceptación progresiva de ese *ius commune* que de forma paulatina se va aceptando y que se concreta, al menos en ámbitos regionales como la Unión Europea, en proyectos muy concretos de los que el Derecho Internacional Privado tiene hace tiempo acreditados bastantes éxitos (a empezar por los citados Reglamentos Bruselas I *et al*).

Pero sí son muestras, medrosas si se quiere, de una cierta vocación del Derecho administrativo de nuestro tiempo por la búsqueda de una expansión que coloque a los actos administrativos en posición de ir generando un cierto derecho capaz de superar los hoy estrechos límites que supone una simple mirada introspectiva y que puede considerarse desde muchos puntos de vista claramente en fase de superación. Al menos en el ámbito de la Unión Europea, comienza a ser discutido, como hemos apuntado, en algunos proyectos que el acto administrativo y el procedimiento administrativo haya de continuar enclaustrado dentro del recinto nacional, cuando, cada vez más, y en múltiples sectores (alimentación, farmacéutico, tráfico, etc., etc.) existen proyecciones que admiten, *rectius*, exigen, la admisión indiscutida de un acto

¹⁶ Código ReNEUAL de procedimiento administrativo de la Unión Europea / dirigido por Oriol Mir ... [et al.]. – 1ª ed. – Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2015. – 354 p. 24 cm. – (Monografías).

¹⁷ A.R. Brewer-Carías, *El procedimiento administrativo global...*, *op. cit.*, y "Sobre el concepto del Derecho administrativo", *Curso de Derecho administrativo iberoamericano* / coord. por M.C. Rodríguez Martín-Retortillo y J. Rodríguez-Arana (dir.), L. Rodríguez Rodríguez (dir.), 2015, pp. 25–72.

administrativo de un país tercero como base de una resolución, inclusive judicial, en otro país. (así, certificaciones fitosanitarias, por ejemplo). Por no mencionar bloques enteros de actuación vertical, no solamente horizontal como los apuntados sectores, en los que, directamente, otra Autoridad recibe y examina el contenido de un acto administrativo y lo evalúa o incluso cuestiona: es el caso patente de las Ayudas públicas que son examinadas siempre, a partir de un determinado umbral, por la Autoridad Europea de Competencia (la Comisión Europea) y que supone una clara jerarquía administrativa entre la Comisión y las Autoridades Nacionales (en nuestro caso, la CNMC. Véase al respecto el art. 11 de Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia). Igualmente, en el control de concentraciones económicas, donde el diálogo entre la Autoridad Nacional de Competencia y la Comisión Europea, se traduce en el reconocimiento mutuo de actos genuinamente administrativos.

Son solo ejemplos de interés de esa expansión que no tiene solo una dimensión cuantitativa, sino que implica que en sectores materiales enteros e incluso en el núcleo duro del propio Derecho administrativo examinado ya verticalmente, existe algo más que un préstamo mutuo de técnicas en colaboración para conseguir un resultado que luego se pueda incorporar a su vez mediante un nuevo acto administrativo interno. No se trata de simple cooperación internacional entre sujetos públicos que cada uno de ellos admitirá o no, mediante un *placet* la incorporación de sus respectivos actos. No existe solamente una técnica de convalidación mediante el reconocimiento interno y aparte de ese acto tercero. Se trata de algo más. Es que el propio acto administrativo puede tener una aceptación anticipada mediante la técnica compleja de integración de dicho acto dentro de la urdimbre de actuaciones y acciones organizadas jurídicamente para conseguir ese resultado común. O también, incluso más intensamente, de que el propio acto administrativo reconozca una dimensión bifásica, en la que una parte del mismo se complete en el ámbito nacional y otra parte corresponda a la dimensión internacional (o comunitaria, como el citado caso de las concentraciones económicas).

Todo ello repercute de forma directa e inmediata en la consideración del Estado como sujeto de arbitraje, primero en el ámbito internacional (y comunitario), y luego, con dificultades desde luego, en el ámbito doméstico (donde la resistencia es enorme por las causas que se irán explicitando en este trabajo). Ofrece, además, una clara proyección sobre lo que es y lo que ha de ser el propio Derecho administrativo, ya que su proyección más allá de las fronteras interiores, claramente en el caso del derecho europeo, y paulatinamente, vía Tratados, como la conocida Carta de la Energía, en el ámbito internacional, que dispone arbitraje internacional con ejecución de los laudos producto de tales tratados en los jueces de distrito norteamericanos, singularmente el de Columbia, viene a significar un reconocimiento cabal de que las instituciones administrativas se proyectan también en este ámbito. Lo que supone que existe un Derecho administrativo internacional, con presencia de las Administraciones Públicas en foros internacionales con todas las consecuencias que ello apareja para la concepción misma del Derecho administrativo. Si a ello sumamos que existen tesis bien acreditadas ya, en España y en Alemania, que inclusive plantean la aplicación del Derecho administrativo en relaciones jurídicas entre particulares sin existencia alguna de la propia Administración, tenemos cerrado un panorama de novedades que ha de pesar como técnica que supera la tradicional oposición a la aplicación del arbitraje

basándose en los principios de reserva de ley, principio de legalidad y reserva de jurisdicción. Porque en efecto, se ha mostrado que las TÜV alemanas (asociaciones de técnicos) pueden emitir actos que tienen un componente administrativo definitivo, como acreditó J. Esteve Pardo recogiendo la polémica germana sobre la naturaleza de estas asociaciones (lo cual, a su vez, repercute en la calificación de las que ahora hemos adoptado también en España, tipo AENOR, por ejemplo)¹⁸.

Esta idea será un *leitmotiv* que guiará nuestras orientaciones sobre el tema principal. Y ello, de forma inevitable, repercute en elementos básicos del Derecho administrativo al que hemos de referirnos también; así desde el planteamiento de la personalidad jurídica de la Administración *versus* personalidad jurídica del Estado; el concepto de Derecho administrativo internacional (hasta ahora apenas abordado por los administrativistas según hemos podido comprobar en el examen de la bibliografía); las aportaciones a la teoría de la responsabilidad patrimonial del Estado; el principio de confianza legítima de tan cara valoración en el arbitraje internacional y sin embargo en declive – al menos jurisprudencial– en lo que hace al Derecho administrativo interno; el significado de un tema central para el Derecho administrativo como es la expropiación que cobra perfiles nuevos en cuanto aparece en su definición el arbitraje internacional. Y así sucesivamente. Son muchas y de interés las interacciones entre lo que tiene que ofrecer el Arbitraje y el Estado, sea en sede internacional, o global, o doméstica.

Ello nos lleva a manifestar que existen nuevos planteamientos que implican para la propia Administración interna del Estado la superación del ámbito doméstico, existiendo ya numerosos trabajos que suponen la internacionalización del Derecho administrativo en el ámbito europeo.

El Derecho administrativo se ha configurado como un Derecho público interno por excelencia. Y hasta ahí podemos coincidir en esta tesis clásica comúnmente aceptada, pero que hoy es necesario revisar, con toda exactitud, desde la perspectiva de los instrumentos alternativos de resolución de conflictos. Aparecen síntomas de ampliación que llevan a extender el ámbito del Derecho administrativo allende nuestras fronteras.

Por de pronto, la doctrina Chitti, Oriol Mir, Soriano García, Fuertes, Ziller...ya viene trabajando hace tiempo en un Derecho administrativo comunitario europeo, como hemos venido indicando¹⁹.

Ya en el ámbito internacional, resulta que, los Estados aceptan que su Derecho administrativo sea examinado por un tribunal arbitral mediante la aceptación previa tras la firma de un tratado internacional y que los demandantes reclamen una indemnización con base en que ese Derecho administrativo lesiona sus intereses particulares.

Así ocurre con el Tratado de la Energía, que supone que técnicas que creíamos reservadas domésticamente, aparecen de forma militante como argumentos de defensa, de alegaciones, prueba, en el contexto del arbitraje internacional. Instituciones como la expropiación, confianza legítima, responsabilidad de las Administraciones, reciben

¹⁸ J. Esteve Pardo, *Estado Garante. Idea y Realidad*. INNAP. Investiga, Madrid 2015, pp. 91 ss.

¹⁹ *Vid.* la obra dirigida por J.E. Soriano García, *Procedimiento administrativo europeo*, Cizur Menor, Civitas, 2012.

luz y cobran perspectiva desde el momento en que aparecen vinculados al ámbito internacional. El Reino de España y sus Administraciones son sujetos pasivos de arbitraje internacional y con capacidad propia para impugnar los Laudos, oponerse a la ejecución ante la jurisdicción ordinaria donde el demandante pretenda ejecutar el Laudo. Y, fundar parte de esa impugnación –con apoyo de la Comisión Europea– en la proyección externa del Derecho administrativo o Comunitario interno. Incluida la facultad de cuestionar

En suma, que la dimensión, activa y pasiva, en que se sitúa el Derecho administrativo, está modificándose y desborda ya los límites del territorio del Estado. Hay actos administrativos que se pueden ejecutar fuera e instituciones administrativas, típica la confianza legítima, expropiación y otras instituciones que efectivamente se ponen en juego en el arbitraje internacional, donde los árbitros miran cual es la utilización de las técnicas y principios administrativos (proporcionalidad, ejecutividad, confianza legítima, expropiación de derechos).

Aparece así un apasionante futuro que es seguro nos tocará examinar y estudiar. Porque a partir de institutos como el arbitraje, lo que se está produciendo es una reflexión sobre el propio concepto de Derecho administrativo, de forma que el Derecho Internacional, puede suponer una transformación de lo que ha venido resultando la tradicional concepción de aquél.

Dada su importancia, especialmente para el Reino de España como sujeto de Derecho Internacional público, cobra creciente importancia el aspecto internacional de la cuestión en todo lo que hace al instituto arbitral. Hoy, sabemos bien, el arbitraje internacional forma parte esencial de la transformación que se viene produciendo en el arbitraje del Estado. Lo que podía considerarse ayer como meramente anecdótico, hoy es noticia de prensa, de comentario habitual, hasta el punto que forma parte de la cultura jurídica común que el Estado está sujeto a arbitraje internacional en sectores determinados, planteándose en consecuencia una transformación organizativa en los órganos encargados de su defensa (principalmente la Abogacía del Estado) y cuestionándose por tanto el papel del Estado en el seno de organizaciones internacionales ya que indudablemente tendrá que estar mucho más atento en el futuro en el momento de la firma de un tratado que le someta a arbitraje (posibilidad de reservas, idioma...). De los laudos ya establecidos consecuencia de estos arbitrajes internacionales recientes habrá que sacar las oportunas lecciones, que procuraremos ir repasando en el capítulo correspondiente.

III. Problemas inherentes a la configuración del objeto de la investigación

1. Derivados del carácter interdisciplinar de la materia

En el presente estudio trataremos, pues, tanto los orígenes como la evolución y el tratamiento constitucionalista y administrativista del arbitraje administrativo lo que permitirá fundar con solvencia su proyección en el ámbito propio del Derecho internacional y viceversa. Porque, siendo cometido habitual de los internacionalistas, y muy especialmente de los cultivadores del Derecho internacional privado el estudio de arbitrajes de inversión, donde problemas tales como expropiaciones legislativas o confianza legítima tienen su sede más común²⁰, hay que decir que, sin excesiva sorpresa, el Derecho administrativo ha vivido tradicionalmente encerrado en un ámbito exclusivamente doméstico y apenas se ha asomado a los temas vinculados con el arbitraje al que se someten o que imparten las Administraciones Públicas, mucho menos en lo que se refiere al ámbito internacional.

Han realizado los administrativistas, desde luego, algunas interesantes indagaciones sobre Derecho comparado, especialmente en cuanto a su origen histórico donde Francia ha sido objeto de examen continuado²¹. Pero, con alguna excepción, ahí ha

²⁰ J.C. Fernández Rozas, *Sistema de derecho económico internacional*, op. cit., quien, con toda evidencia, demuestra la importancia del derecho en los negocios internacionales, y el capítulo final sobre arreglo de controversias en materia de inversiones, muestra claramente la enorme flexibilidad que ha de presidir esta materia.

²¹ E. García de Enterría Martínez–Carande, *La lengua de los derechos: la formación del Derecho público europeo tras la Revolución Francesa* Thomson Civitas, Madrid 2009; anteriormente ya se había pronunciado en *Revolución francesa y administración contemporánea*, Civitas, Madrid, 1994. Pero es indudable que toda su formidable obra reposa exclusivamente en la consideración de la Administración Pública en relación con el Estado vista desde una perspectiva exclusivamente interna; aún más, con rechazo al examen de lo que sea el Estado en Derecho Internacional ya que perjudicaba esa vista su posición de la Administración Pública como *único* sujeto público interno con personalidad jurídica. Vid. su conocido e influyente trabajo “Verso un concetto di Diritto Amministrativo come Diritto statutario”, *Riv. trim. dir. pubb.*, n°2/3. 1960, pp. 330 ss. Vid. *infra* el debate sobre este importante asunto. Lo que importa ahora es indicar que la posición dominante de la escuela del profesor García de Enterría supuso enterrar prácticamente de manera definitiva, toda excursión sobre la incorporación de la visión internacional de la Administración, que acabó así siendo un auténtico *conclusus hortus domini* interno, un puro intramuros del Estado, por lo que el Derecho administrativo examinó en profundidad lo que significa el poder administrativo doméstico, pero que impidió tener la luz que aporta una visión más integral como es la que produce el derecho internacional, que ilumina así, potentemente, aspectos que, solamente ahora, se pone de manifiesto que han de ser examinados también desde el Derecho administrativo. Y es que la vieja distinción que suponían las fronteras del territorio estatal, se derrumba cada vez más por obra del derecho europeo y, resueltamente, por el derecho internacional. Un ejemplo entre mil: el estudio de los arbitrajes en el CIADI, permitiría conocer con mucha mayor profundidad principios e instituciones básicas del Derecho administrativo, tales como el principio de confianza legítima o la expropiación. Luego veremos que, fragmentariamente, alguna doctrina iusadministrativista ha revisado en parte esta posición tradicional de mirar solamente la relación interna de una Administración con su Estado, comenzando ya, tímidamente a examinarse lo que significa reconocer el tráfico internacional en que se sitúan con perfecta normalidad los Estados y sus Administraciones en nuestro tiempo.

acabado, hasta ahora el examen del Derecho aplicable cuando entran en juego posibles soluciones extrajudiciales a las controversias en que el propio Estado y su galaxia administrativa, se ven envueltos. Y los intentos de crear un Derecho administrativo europeo se encuentran todavía en una fase embrionaria, puramente doctrinal²². Está por descubrirse todavía el Derecho administrativo internacional. Ha habido alguna aportación interesante que apunta exactamente hacia esta necesidad, a partir de la cual, mutan algunas de las categorías domésticas tradicionales, bien asentadas en las mentalidades establecidas del Derecho administrativo²³.

Pero haciendo una reflexión general, exactamente éste, el ámbito internacional en que se pueden proyectar inclusive normativamente, las instituciones del Derecho administrativo, sigue siendo un terreno sin roturar por los administrativistas, habiendo ocupado su lugar, traído los aperos y cultivada la tierra académica, por los internacionalistas casi en exclusividad²⁴. Y habida cuenta la habitual separación entre las ramas del ordenamiento, quizás consecuencia de la disociación en que viven los distintos departamentos universitarios, no ha existido esa cultura común de la cual, desde luego, creemos que las tradicionales y bien conocidas instituciones del Derecho administrativo, habrían tenido mucho que ganar. Insistiremos a lo largo de nuestra Tesis, pero quede apuntado que los grandes temas en que se estructura cualquier programa de Derecho administrativo –expropiaciones, garantía patrimonial y responsabilidad extracontractual, los propios principios generales tales como buena fe o confianza legítima, y así sucesivamente– cobran nueva luz cuando se observan desde el Derecho internacional en el que se contempla, especialmente en el Derecho internacional privado, y se les somete al examen que supone su enjuiciamiento ante instituciones dedicadas al arbitraje. Incluso elementos fundadores de todo el razonamiento jurídico pasan a cobrar luz nueva a partir de tal consideración²⁵.

²² M. Fuertes López (coord.), *Un procedimiento administrativo para Europa*, Editorial Aranzadi-Universidad de León. Cizur Menor. 2012; J.E. Soriano García (Dir.), J. Ziller (Pr.) *Procedimiento administrativo europeo*. Civitas, 2012; O. Mir Puigpelat, “La codificación del procedimiento administrativo en la unión administrativa europea”, *La unión administrativa europea* / coord. por Francisco Velasco Caballero, Jens-Peter Schneider, Madrid, Marcial Pons, 2008 y derivado de estos trabajos el proyecto ReNEUAL, apoyado por el Parlamento Europeo y por el Defensor del Pueblo Europeo, pero absolutamente rechazado por la Comisión Europea, que conoce bien que un Reglamento Europeo por el que se establezca un procedimiento administrativo europeo supondría muchas mayores garantías para el ciudadano europeo con la consecuente pérdida de discrecionalidad (libertad de actuación, casi equiparable a arbitrariedad en la práctica) con la que actúa cotidianamente.

²³ A. Brewer-Carías. *El procedimiento administrativo global para la protección de las personas ante la Interpol frente a los Estados*. Investigaciones. Jurídicas. S.A. San José de Costa Rica. 2015. El trabajo realiza la contribución más clara sobre la necesidad de que el Derecho administrativo tenga una dimensión internacional, distinta de la clásica del Derecho Internacional sobre las organizaciones, aspecto bien trabajado en este campo pero que es distinto de la proyección internacional como un elemento común del Derecho administrativo.

²⁴ S. Barona Vilar, “Maximización de la eficiencia y búsqueda de la celeridad en el arbitraje: entre el mito, la sublimación y la cuarta revolución industrial (4.0.)”, *Arbitraje*, vol. XI, nº 1, 2018, pp. 17–53. B.M. Cremades, “La participación de los Estados en el arbitraje internacional”, *Arbitraje*, vol. III, nº 3, pp. 65 ss.

²⁵ B.M. Cremades, “La buena fe en el arbitraje internacional”, *Arbitraje*, vol. V, nº 1, pp. 13 a 36. Hay que admitir que la buena fe en el arbitraje, recibe un tratamiento diferente según se trate de árbitros procedentes del *Common Law* (Inglaterra y Gales esencialmente, con diferencia a su vez respecto de

Si bien el arbitraje *inter privatos* ha gozado de un aumento exponencial en los últimos años, así como de la plena aceptación, es una materia grisácea cuando se refiere al ámbito público en el plano doméstico. Sigue sin abordarse, ni siquiera, en las últimas reformas de la legislación del procedimiento administrativo, la posibilidad cierta y efectiva de utilizar los instrumentos propios del arbitraje en relación con los actos de la Administración Pública; apenas hay alguna referencia que desde luego no ha estado desarrollada. La Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo juntamente con la Ley 40/2015 del Sector Público, siguen sin solución de continuidad, las trazas de la Ley 30/1992 que a su vez se inspira en la Ley de 17 julio de 1958, que hunde sus raíces en la Ley Azcárate de Procedimiento Administrativo, y así, sucesivamente, hasta llegar en este punto al Decreto de Bravo Murillo, hostil a la idea de aplicar la institución arbitral a la Administración Pública. La idea de constituir el acto administrativo tradicional, decisión unilateral que resuelve la Administración pública con carácter ejecutorio, responde al criterio propio del racionalismo francés, hoy en alguna medida, puesto en duda frente a exigencias de reservar para los Jueces la resolución de los asuntos realmente importantes, pero permitiendo una mayor ampliación del círculo de “solucionadores” de conflictos, sean abogados, notarios, u otros profesionales²⁶. Y la propia Ley de Contratos del Sector Público, Ley 9/2017, de 8 de noviembre, ha rebajado su aprecio por este instrumento, como examinaremos.

Estados Unidos) y Árbitros procedentes del *Civil Law*, donde es un elemento básico. Con lo cual, existen diferentes aproximaciones en los Tribunales Arbitrales Mixtos. *Vid. las interesantes reflexiones de J. Wild “Duties of Good Faith”. The Challenge of a Mixed Civil and Common Law Tribunal”, 40 Under 40. International Arbitration*, Dykinson. 2018. pp. 63 ss.

²⁶ Lo explica bien, en relación con la mediación, pero con elementos de reflexión que sirven para el arbitraje en gran medida, el magistrado de la Audiencia Provincial de Barcelona Pascual Ortuño Muñoz en *Solución de conflictos por medios no jurisdiccionales Debate de expertos Seminarios y Jornadas 26/2006*. Fundación Alternativas. “Por otra parte, no tenemos tradición de mediación, porque durante muchísimos años se ha estado predicando que había que ir al juzgado ante cualquier conflicto. Igual que se decía que los españoles no estábamos preparados para la democracia, se decía y se sigue diciendo que los ciudadanos no están preparados para resolver sus conflictos, que para eso hay unos jueces magníficos que van a solucionar absolutamente todo. Yo creo que ha sido un tributo que hemos p.ado al racionalismo, y que hay que remontarse a la Revolución Francesa en lo que concierne a la filosofía del derecho. A mí me explicaba un juez norteamericano, de Nueva York, que había llegado a la conclusión de que en nuestro sistema, el sistema continental, la Revolución Francesa estableció una serie de leyes, pero no había juristas, ni abogados, ni por supuesto mediadores, ni jueces que pudieran aplicarlas, porque no había gente que supiera leer y escribir que no fuera sospechosa de pertenecer al Antiguo Régimen. Después este sistema ha pasado por el tamiz de las dictaduras, y hemos visto que a las dictaduras le ha funcionado bien y a lo mejor hay que replanteárselo. En Inglaterra, con la *Family Act*, 2.000 jueces hacen un mejor servicio al doble de la población que nosotros con 4.700, y eso que nuestro Ministerio sigue prometiendo que va a crear otros 1.000, cuando habría que pensar en variar el sistema. Sin embargo, ese juez situaba el origen del sistema inglés en Cromwell, 150 años antes, creo, de la Revolución Francesa, y fue muy distinto, ya que lo que se hizo fue quitar el poder a la nobleza y darlo a las comunidades. Algo que también se hizo en Norteamérica: la Justicia de los colonos frente a la Justicia de la colonia. De esta forma, los anglosajones han ido incorporando algunas fórmulas de resolución de conflictos que nosotros no hemos tenido. Aquí se ha predicado que la justicia es la justicia, y ahora es muy difícil desmontar este sistema. En definitiva, tenemos una metodología que no nos sirve y, por tanto, debemos buscar otra forma de funcionar”. Resulta evidente que, al tratarse con la Administración Pública, heredada con toda claridad de la Revolución Francesa, lo que enfrenta el ciudadano o administrado es directamente con el Poder, por lo que se multiplican exponencialmente las dificultades para lograr los acuerdos indicados extrajudicialmente.

Y es que el instituto arbitral, despierta recelos, incluso prejuicios, en el ámbito de las Administraciones Públicas. Lejos de la zona de confort con que se mueven las Administraciones en el contencioso – administrativo, la existencia de Árbitros que de manera “indiferente”, exactamente así, no “deferente”, cuestiona el habitual modo de proceder y de posicionarse de las Administraciones Públicas. Especialmente visible en el arbitraje internacional, donde expertos, puros expertos sin más, con una notable acreditación basada en el prestigio de múltiples soluciones complejas y complicadas, examina de manera fría y distante, con puras técnicas jurídicas, la actuación de las Administraciones Públicas (y eventualmente de actos parlamentarios, frecuentemente de los legislativos también), supone una distancia que resulta insoportable a quien no deja de autoconsiderarse *Potentior personae*.

Además, y esto es crucial, quizás una de las mayores fuerzas del arbitraje internacional, los laudos dictados bajo tales reglas – y consecuentes sedes – (CIADI, UNCTRAL, Cámara de Comercio de Estocolmo), pueden ejecutarse inclusive en terceros Estados no sujetos a las leyes del Estado (o Institución) arbitrado. Lo cual, veremos, tiene su importancia.

Más adelante, tendremos ocasión de examinar el asunto *Achmea* y sus consecuencias. Y ahí, hay un tema que se está revelando de capital interés en el orden de conocer el alcance, extensión y límites de la propia jurisdicción europea. Más precisamente, de su arquitectura institucional, ya que lo que está en juego en este dificultoso tema, no es solo la opción de acabar con los tratados bilaterales de inversión intracomunitarios. También está en juego, nada menos, que los poderes y la autoridad misma de la Unión Europea si se tropieza con el hecho de que en otras jurisdicciones, singularmente en la de los Estados Unidos de Norteamérica, sus jueces y tribunales, aceptan la jurisdicción arbitral basada en la firma de un Tratado Internacional, y la aplican por encima de las protestas y cuestiones que pueda plantear la Unión Europea. Por ejemplo, ejecutando el laudo arbitral en su propia jurisdicción como país tercero y sobre bienes que estén a su alcance. Ahí va a dirimirse, al final, la fuerza real de la posición alcanzada por la UE y su Comisión particularmente, afectando, asimismo, de forma decisiva, a la jurisdicción del TJUE. Notemos que un exceso de celo y tensión por parte de las instituciones comunitarias europeas, puede acabar, exactamente, en las antípodas de lo que pretenden. Porque si la fuerza del laudo se puede acabar midiendo, con exactitud, por su capacidad de ser ejecutado en un país tercero no sujeto a la soberanía ni en definitiva a la jurisdicción del Estado, significa resueltamente que el verdadero poder del Estado (o Institución, como la UE) estará enmarcado en los estrictos términos a que alcance su poder soberano o, más ampliamente, jurisdiccional. Literalmente, la UE, se la está jugando como poder internacional frente a las peticiones de ejecución de Laudos, precisamente frente a España de modo muy principal, en Estados Unidos, donde interviene como *amicus curiae*. Máxime cuando es el único tratado internacional de inversiones que la UE tiene firmado como parte contratante.

De momento, la cuestión está pendiente de resolución (recordemos que incluso si en el Distrito de Columbia, que es donde se están llevando a cabo las peticiones de ejecución de laudos, acaba adoptando una decisión, dependiendo de cómo se pronuncie el Juez, puede a su vez, ser objeto de apelación. Con lo cual se puede demorar la

solución bastante tiempo). Por ahora hay que adoptar la muy anglosajona postura de *wait and see*²⁷.

²⁷ Tendremos ocasión de examinar el asunto *Achmea* y sus consecuencias. Y ahí, hay un tema que se está revelando de capital interés en el orden de conocer el alcance, extensión y límites de la propia jurisdicción europea. Más precisamente, de su arquitectura institucional, ya que lo que está en juego en este dificultoso tema, no es solo la opción de acabar con los tratados bilaterales de inversión intracomunitarios. También está en juego, nada menos, que los poderes y la autoridad misma de la Unión Europea si se tropieza con el hecho de que en otras jurisdicciones, singularmente en la de los Estados Unidos de Norteamérica, sus jueces y tribunales, aceptan la jurisdicción arbitral basada en la firma de un Tratado Internacional, y la aplican por encima de las protestas y cuestiones que pueda plantear la Unión Europea. Por ejemplo, ejecutando el laudo arbitral en su propia jurisdicción como país tercero y sobre bienes que estén a su alcance. Ahí va a dirimirse, al final, la fuerza real de la posición alcanzada por la UE y su Comisión particularmente, afectando, asimismo, de forma decisiva, a la jurisdicción del TJUE. Notemos que un exceso de celo y tensión por parte de las instituciones comunitarias europeas, puede acabar, exactamente, en las antípodas de lo que pretenden. Porque si la fuerza del laudo se puede acabar midiendo, con exactitud, por su capacidad de ser ejecutado en un país tercero no sujeto a la soberanía ni en definitiva a la jurisdicción del Estado, significa resueltamente que el verdadero poder del Estado (o Institución, como la UE) estará enmarcado en los estrictos términos a que alcance su poder soberano o, más ampliamente, jurisdiccional. Literalmente, la UE, se la está jugando como poder internacional frente a las peticiones de ejecución de Laudos, precisamente frente a España de modo muy principal, en Estados Unidos, donde interviene como *amicus curiae*. Máxime cuando es el único tratado internacional de inversiones que la UE tiene firmado como parte contratante.

De momento, la cuestión está pendiente de resolución (recordemos que incluso si en el Distrito de Columbia, que es donde se están llevando a cabo las peticiones de ejecución de laudos, acaba adoptando una decisión, dependiendo de cómo se pronuncie el Juez, puede a su vez, ser objeto de apelación. Con lo cual se puede demorar la solución bastante tiempo). Por ahora hay que adoptar la muy anglosajona postura de *wait and see*.

No obstante, y como apunte práctico que ilustra bien sobre las diferentes posturas despertadas por la tensión comunitaria sobre la aplicación interna de los tratados de inversión, recordemos la posición de C. Cross y de V. Kube, “Is the arbitration clause of the Energy Charter Treaty compatible with EU law in its application between EU Member States?”, *Analysis commissioned by Umweltinstitut München e.V. (The Munich Environmental Institute) February 2018*.

The Micula claimants are also seeking enforcement in the US. The EU Commission intervened in February 2016 as amicus curiae in support of Romania’s appeal pending before the US Court of Appeals for the Second Circuit, stating that “as a matter of E.U. law, Romania is squarely prohibited from complying with the Award”. The Commission therefore argued that a decision in the US ordering Romania to pay the awarded compensation “renders ineffective — and thus invalidates — an official E.U. act ordering Romania not to pay that compensation”. The Commission urged the court to “avoid unnecessary interference with the enforcement and efficacy of the E.U. legal order” by having regard to “three longstanding doctrines of judicial restraint designed for instances where important interests of foreign sovereigns are squarely implicated: the doctrine of international comity, the act of state doctrine, and the foreign sovereign compulsion doctrine”. Notwithstanding the merits of these arguments, ensuring that the Commission’s prohibition of Romania from complying with the Award is duly respected by Courts in all jurisdictions where such enforcement might be sought would seem to be a practical impossibility.

Even if the US Courts are successfully persuaded to “avoid unnecessary interference with the enforcement and efficacy of the E.U. legal order”, this cannot lay to rest the widely held concerns about ensuring the effectiveness of the EU’s judicial system in the face of the ISDS system. If the CJEU upholds the Commission Decision and finds that the Micula Award does violate EU law, but the Commission fails in its attempt to block enforcement of that Award in the US, there can no longer be any illusions. The ostensible “supremacy” of EU law is reduced to little more than rhetoric in the world of international investment law.

Por ello, insistimos, aunque existan algunas cesiones en determinados ámbitos del (equivocadamente llamado) sector público hay que advertir que la situación continúa estancada, sin que se avizoren en España, cambios de importancia que mejoren la posición del arbitraje en relación con las Administraciones Públicas, como instrumento de solución de controversias. Existen limitadas aperturas de algunos autores, pero siguen constituyendo una minoría. Otra cosa será las recientes aportaciones realizadas en sede judicial sobre la apertura a la mediación, que cuenta con algún notable supuesto, que ha merecido la atención de la doctrina, y que habrá que confiar que, siguiendo la estela de lo que se establece en la jurisdicción civil, pueda acabar consolidándose.

Sin dudar, la Administración Pública prefiere acudir a la Jurisdicción contencioso administrativa, que sin ser un foro privilegiado de la misma, sí es un puerto de abrigo o refugio en la práctica, dadas las prerrogativas que legalmente dispone en esta jurisdicción y de la inercia judicial volcada del lado de la Administración por el interés general que presumiblemente presiden sus actos (baste medir el número de Sentencias a favor de la Administración en comparación con las de los sujetos privados²⁸ o la dificultad de ejecutar las Sentencias en el contencioso administrativo, que suponen que incluso en los casos en que ha ganado el particular, la Sentencia puede no llevarse a efecto, lo cual es habitual y asumido en el contencioso-administrativo)²⁹. Y si a ello sumamos la desesperante tardanza en la resolución judicial de los asuntos, se vuelve mucho más razonable ampliación del arbitraje a las Administraciones Públicas.

Esa mayor dificultad de litigar para el administrado (término recogido expresamente en el art. 149.1.18 CE) es un tópico en la doctrina³⁰ ya entonces con la Ley de

The major strength of this system of international investment arbitration is precisely the capacity for enforcement in third states which are not bound by the law of the host state. Therefore, no matter what incompatibilities can be found between EU law and any treaty to which the EU is a party and which provides recourse to ISDS, such proceedings do and will impose practical limitations on the EU law mechanisms available to ensure that the CJEU can fulfill its role as ultimate guardian of EU law. This is all the more so – but not exclusively – when proceedings are initiated under ICSID. And in the case of the ECT, these risks are unambiguous.

²⁸ J.R. Fernández Torres, “Eficacia de las Sentencias en lo contencioso-administrativo”, Ponencia en XIV Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho administrativo.

²⁹ Precisamente sobre estos dos ámbitos, principalmente, y de forma muy incisiva con su habitual elegancia en el escribir, se pronuncia el Maestro Eduardo García de Enterría como resultan ser dos de los elementos principales que hay que arreglar en el contencioso administrativo español. Vid de este autor E. García de Enterría Martínez-Carande, “La jurisdicción contencioso-administrativa hoy”. *Documentación administrativa*, nº 220, 1989 (Ejemplar dedicado a: “El control jurisdiccional de la Administración pública”), pp. 11–18. Asimismo, sobre este importante tema de las medidas cautelares, que sabemos tiene importancia en el arbitraje como acabó el profesor Fernández Rozas primero en “Arbitraje y Justicia Cautelar”, *RCEA*, vol. XXII, 2007, pp. 23–60; *id.*, “Aproximación teleológica a la tutela cautelar en el proceso civil y en el arbitraje”, *Revista Jurídica Española La Ley*, nº 8897, Sección Tribuna, 10 de Enero de 2017. Obviamente, el profesor García de Enterría inauguró una tendencia en un trabajo seminal, como fue, E. García de Enterría Martínez-Carande. *La Batalla por las Medidas Cautelares*, Cizur Menor, Editorial Aranzadi, 2004, que tuvo no obstante un corto recorrido habida cuenta la tradicional actitud de los jueces contencioso administrativo siempre renuentes a las medidas cautelares por el esfuerzo y la responsabilidad que suponen.

³⁰ J.A. Santamaría Pastor, “Veinticinco años de aplicación de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa: balance y perspectivas”, *Revista de Administración Pública*, nº 95, 1981, pp. 125–154. A. Nieto *El desgobierno judicial*, Madrid, Trotta, 2005 *in totum*.

1956 y la situación no cambia en nuestros días. Lo que dificulta que la Administración someta los eventuales conflictos a arbitraje. Y los intentos de hacer una jurisdicción contenciosa *pro cives* constituyen un clamor de la doctrina, rotunda y continuamente desmentidos por el propio legislador y la jurisprudencia³¹. Tampoco admite la Administración Pública la mediación³²; la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, se cuida de indicar en su artículo “2. 2 b Quedan excluidos, en todo caso, del ámbito de aplicación de esta Ley: b) La mediación con las Administraciones públicas” (luego volveremos sobre algunos supuestos paradigmáticos de mediación intrajudicial). Ni siquiera para los pequeños asuntos, que son miríada en relación con las Administraciones, se admite otra forma de actuación alternativa. Quizás solo la transacción ha penetrado con mayor profundidad, como veremos examinando la doctrina del Consejo de Estado.

De ahí nacen las dificultades del arbitraje en Derecho administrativo, entendiendo esta expresión en su versión de examen sobre las acciones de la Administración Pública, sean sus actos administrativos, unilaterales o en su caso bilaterales, como en los casos de contratación.

Se impone, según creo, una colaboración, a iniciar, entre internacionalistas y administrativistas, que permita compartir la idea, propia de un Derecho global, internacionalizado, donde, además, especialmente en los países de cultura continental –a uno y otro lado del Atlántico– el peso de las Administraciones Públicas en el ámbito de los negocios es importante y creciente, el arbitraje puede venir a solucionar temas que de otra forma quedarían arrumbados. Y, a partir de ahí, asimismo puede impactar sobre el ámbito doméstico, propulsando así, una institución, como el arbitraje, que desde 1852, fecha de la conocida interdicción por Bravo Murillo del sometimiento a arbitraje de la Administración del Estado, hasta nuestros días, no acaba de prosperar.

Igualmente, y ahora examinando a la Administración como órgano resolutorio de conflictos entre particulares, la Administración puede ser llamada a impartir soluciones entre particulares. Y esta actuación administrativa puede alcanzar, cuando lo prevea una Ley, la condición de *Laudo* y que su impugnación se lleve a cabo mediante la tradicional acción de anulación en lugar de mediante recurso contencioso-administrativo.

Modificar este estado de cosas, atendiendo a una economía, a una técnica y tecnología mucho más flexible, puede hacer crecer el papel de las Administraciones, resolviendo quizás algunos aspectos hasta ahora formalizados dentro de un ámbito de estricto procedimiento administrativo, medio muy alejado de la elasticidad que exige en no pocas ocasiones el comercio y el mundo de los negocios, desde luego, y también amplios sectores intervenidos administrativamente, tales como urbanismo.³³ Y, por

³¹ E. García de Enterría Martínez–Carande, “El principio de la interpretación más favorable al derecho de los administrados al enjuiciamiento judicial de los actos administrativos”, *Revista de Administración Pública*, nº 42, 1963, pp. 267–294.

³² No obstante, existe ya algún supuesto de mediación en el ámbito administrativo, como muestra el caso *Conde de Fenosa*, asunto sobre el que volveremos con detalle en el examen que se realizará de la mediación administrativa.

Prácticamente toda la literatura administrativista reconoce claramente el carácter rígido del procedimiento frente a la flexibilidad propia del derecho mercantil (hoy algo más limitada por obra de

otro lado, también hay que examinar el papel, limitado desde luego, que juega la Administración cuando por Ley le corresponde eventualmente resolver como árbitro; algo inusual pero que puede ser también una instancia, por ejemplo en sectores regulados, en los que la utilización de estos instrumentos puede ofrecer soluciones técnicamente apropiadas y desde luego, a un bajo coste.

2. Derivados del estudio de la jurisprudencia constitucional

La cuestión será, como examinamos en el estudio de la jurisprudencia constitucional que luego hacemos, si estas Administraciones Públicas actúan como árbitro o por el contrario simplemente formalizan una manera distinta y diferente de terminar convencionalmente el asunto sobre el que tienen que resolver.³⁴ O quizás ambas soluciones, unidas en la misma Ley, lo que ocurrirá, veremos, en sectores regulados.

Ello nos conduce, inevitablemente, a repasar al principio de este trabajo los fundamentos mismos del arbitraje en la Constitución. Tendrá utilidad comprobar cómo los interrogantes que surgieron respecto al inicio del arbitraje privado han sido superados con facilidad. Si bien, algunas de sus propiedades, como el fundamental aspecto de su entronque con la tutela judicial efectiva³⁵, sigue siendo elemento de opiniones diversas (lo que sirve para dar idea de que esta audaz técnica de resolución de conflictos tiene un devenir dinámico, *in crescendo*, evolutivo). Y servirá recordar, con la brevedad que requiere el caso, lo que ha supuesto el asentamiento constitucional del arbitraje *inter privatos* para recuperar la fuerza de sus argumentos y trasladarlos al Derecho público en lo que hace al arbitraje del Estado. Tanto en lo que hace a la sumisión a arbitraje por parte del Estado, como para examinar el peculiar supuesto del Estado como árbitro.

Solicitamos cierta comprensión por la reiteración de algunas ideas por la razón expuesta³⁶. Conocer así la extensión, contenido y límites de la posición del Tribunal Constitucional respecto del arbitraje y con referencia a los supuestos en que

múltiples exigencias de “cumplimiento normativo”) sin que sea necesaria cita expresa dado que es un lugar común en la doctrina.

³⁴ F. Delgado Piqueras, *La terminación convencional del procedimiento administrativo*, Thomson Reuters-Aranzadi. 1995.

³⁵ B. M. Cremades, “El Arbitraje en la Doctrina Constitucional Española”, *Lima Arbitration*. N° 1 – 2006 185, quien resueltamente apoya como fundamento del arbitraje en la Constitución el derecho fundamental de la “tutela judicial efectiva”. *Vid.* las reflexiones de este notable autor en “El Arbitraje Internacional en la Encrucijada de la Crítica”, *Discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Madrid 2018.

³⁶ Sobre este importante aspecto, adelanté mi opinión en un comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) 1/2018, en especial respecto de los Votos Particulares. Quizás aquí más que nunca haya que distinguir el fundamento del arbitraje de inversiones respecto del arbitraje comercial, ya que, si éste último puede aventurarse a fundamentar su arquitectura institucional sobre la dignidad humana, precisamente por ser el Estado el sujeto a arbitraje cuando se refiere al arbitraje de inversiones, tiene que mantenerse con toda probabilidad el criterio del equivalente jurisdiccional como elemento fundador de su naturaleza. *Vid.* A. Soriano Hinojosa, “El arbitraje de nuevo ante el Tribunal Constitucional ¿cambio de fundamento último constitucional? (Sentencia del Tribunal Constitucional 1/2018, de 11 enero 2018)”, *Arbitraje*, junio de 2018.

intervenga, de una u otra manera, la Administración, parece necesario. Como lo será el examen de la idea de interés general, manejado junto con la reserva de jurisdicción y el principio de legalidad, como técnicas de oposición a la introducción del arbitraje en el sector público, algo que veremos cómo se logra superar en alguna medida.

Cuando se trata de examinar la posición del Estado como arbitrable o árbitro, vuelven a replantearse los mismos y eternos problemas que esta institución del arbitraje planteó, ahora renovados ante el enjuiciamiento o decisión de esta *Potentior Personae*.

Igualmente, repasando materias para construir el papel del Estado en su relación con el instituto arbitral, cobra interés el examen, desde la perspectiva constitucionalista, el estudio de las relaciones exteriores como materia prototípica atribuida al Estado, examinando su rol en relación con la distribución territorial del poder en un Estado descentralizado. Recuperar así la competencia estatal en el arbitraje –y distinguirla de otras figuras emparentadas– ayudará a situar dicho papel en su lugar exacto.

De forma semejante, habrá que examinar las relaciones entre Constitución y Derecho comunitario en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y comparada, donde veremos una interesante evolución en la que partiendo de la estanqueidad entre ambos ordenamientos, se convierte paulatinamente en una solución monista al más clásico estilo, que concluye en que los propios Tribunales Constitucionales acaban planteando la cuestión prejudicial al TJUE para acomodar su derecho interno al comunitario, lo cual, supone que al final, de una u otra forma, la añeja interdicción de plantear la separación de ambos órdenes jurídicos, el constitucional y el europeo, cede.

Y esa cesión, indefectiblemente, se traduce en la aceptación final –paso que ya se adivina– de que el orden comunitario europeo, sí puede acabar, de una u otra forma, puede enjuiciar el derecho interno. Ciertamente, la protesta, algo aparente y forzada, por parte de nuestro Tribunal Constitucional, formulada en el sentido de afirmar, con supuesto énfasis, que derecho europeo y derecho constitucional son dos órdenes distintos y distantes, de una u otra forma, se demuestra en las propias Sentencias del Tribunal Constitucional que es más aparente que real ya que sí tienen conexión y que eventualmente la solución de las diferencias y conexiones que se pueden concitar en una misma resolución, tengan como solución plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea³⁷.

Asimismo, se pondrá de manifiesto el importante devenir que para las categorías clásicas del Derecho administrativo supone la existencia de varios Laudos arbitrales en los que el Reino de España ha sido parte, y que entre otros aspectos, liga con la reflexión anterior a propósito del papel que desempeña la Comisión de la Unión Europea en estos arbitrajes, amén de plantear, en otro orden, la cuestión del monopolio

³⁷ Vid. el trabajo del recientemente fallecido y muy bien considerado en el ámbito arbitral Mr. Wouter Geldhof quien en compañía del profesor Verburg, PhD researcher at Groningen Centre of Energy Law and Faculty of Law, University of Groningen estudió este asunto en su trabajo “*The Court of Justice of the European Union Rules that Intra-EU Investment Arbitration is Incompatible with EU Law: Reflections and Consequences for the Energy Charter Treaty*”. Recuerdan los autores que “*However, and contrary to the opinion of A-G Wathelet, a tribunal which derives its jurisdiction from the BIT is not a court or tribunal of a Member State within the meaning of Art. 267 TFEU. Consequently, the BIT tribunal is not entitled to make a reference to the Court for a preliminary ruling*”.

presunto de la Unión en relación con los Acuerdos para la Protección Recíproca de Inversiones (APPRI) de los distintos Estados miembros y cuyo fin se aproxima tras la Sentencia recaída en el Asunto C-284/16, *Slowakische Republik contra Achmea BV*, Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 6 de marzo de 2018 (petición de decisión prejudicial planteada por el *Bundesgerichtshof*) y que examinaremos en su momento³⁸. Debemos adelantar, sin embargo, que las consecuencias no se están haciendo esperar. El Consejo de la Unión Europea, ha permitido que empiecen negociaciones para impulsar un tribunal “multilateral” que de manera permanente enjuiciará los asuntos de inversión, lejos de la posición tradicional del arbitraje internacional tal como es conocido hasta ahora. Se haría bajo los auspicios de la UNCITRAL

En relación con España, por ejemplo, la justicia sueca suspende la ejecución de un laudo contra España basándose en este asunto. La Corte de Apelaciones de Suecia, suspendió de forma indefinida la ejecución del laudo que condenaba a España a pagar a la compañía NovEnergia 53 millones de euros por el recorte a las primas de las energías renovables en los años 2010 y 2013. El laudo al que luego nos referimos mediante las diferentes noticias que van apareciendo, pero al que no se consigue tener acceso directo, fue dictado en el pasado mes de febrero de 2018 en un arbitraje administrado por la Cámara de Comercio de Estocolmo. La suspensión se ha ordenado tras el recurso interpuesto por España y viene justamente a aplicar esta discutida resolución, naturalmente poco después de la decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso Achmea. Nótese que *Achmea* cuestiona nada menos que unos 200 TBI intraeuropeos³⁹.

Pese a los augurios de que *Achmea* acabaría con el arbitraje de inversiones, la cuestión está todavía lejos de aceptar una respuesta tan rotunda.

³⁸ El tema venía anunciándose hace tiempo y mostrando los problemas que acabarían haciendo su aparición. Vid. I. Iruretagoiena Agirrezabalaga. “Competencia de la Unión Europea en materia de inversiones extranjeras y sus implicaciones en el arbitraje inversor-Estado”, *Arbitraje*, vol. IV, nº 1. 2011. pp. 117-136; *id.*, “La Sentencia del TJUE en el asunto *Achmea*: el adiós al arbitraje de inversiones de los APPRI intra-UE en la Unión Europea (y algo más)”. *Diario La Ley* 29 de junio de 2018 (LA LEY Unión Europea nº 60, junio 2018, Editorial Wolters Kluwer), quien en la página 24 llega a afirmar: “no cabe duda que Achmea supone un duro golpe en la línea de flotación del arbitraje de inversiones previsto en los APPRI intra-UE; asistimos al principio de su fin”. Igualmente, C. De Los Santos Lago, “La ejecución y el reconocimiento de los laudos dictados en arbitrajes comerciales y en arbitrajes de inversiones”, *Arbitraje*, vol. V, nº 2, 2012. pp. 437-442

En sentido crítico, poniendo de manifiesto las diferencias entre el TJUE y los tribunales norteamericanos, Vid. Vivek Kapoor *Slovak Republic v. Achmea*: “When Politics Came Out to Play”. 1 de julio de 2018. *Kluwer Arbitration Blog*.

³⁹ *The ECT is a multilateral trade and investment agreement with approximately 50 Contracting Parties. The Treaty protects foreign investors against discrimination, unfair and inequitable treatment, and expropriation without compensation.* Vid. el trabajo del recientemente fallecido y muy bien considerado en el ámbito arbitral Mr. Wouter Geldhof quien en compañía del profesor Verburg, PhD researcher at Groningen Centre of Energy Law and Faculty of Law, University of Groningen estudió este asunto en su trabajo “The Court of Justice of the European Union Rules that Intra-EU Investment Arbitration is Incompatible with EU Law: Reflections and Consequences for the Energy Charter Treaty”. Recuerdan los autores que “However, and contrary to the opinion of A-G Wathelet, a tribunal which derives its jurisdiction from the BIT is not a court or tribunal of a Member State within the meaning of Art. 267 TFEU. Consequently, the BIT tribunal is not entitled to make a reference to the Court for a preliminary ruling”.

De un lado, se están solicitando en Estados Unidos (Distrito de Columbia) la ejecución de algunos de los laudos perdidos por el Reino de España, estando en estos momentos a la espera de tales resultados. Y, de otra parte, el reciente laudo recaído en el asunto Vattenfall parece querer recuperar parte de la situación anterior a *Achmea*, al menos por lo que hace a los tratados multilaterales (no los bilaterales) de inversión⁴⁰.

⁴⁰ Merece la pena transcribir ahora, sin perjuicio de dedicar un estudio más profundo en su momento en la parte correspondiente de esta Tesis, la aportación del profesor Joerg Risse, (Universidad de Mannheim) y árbitro del despacho Baker & McKenzie.

Indica en un apunte fechado el 13 de septiembre de 2018:

“A couple of months ago a decision by the European Court of Justice (“ECJ”) shocked the arbitration community: The ECJ decided in its (in)famous Achmea–decision that EU member states must not settle their disputes in arbitration proceedings agreed upon in bilateral intra–EU investment treaties (see <https://globalarbitrationnews.com/ecj-stops-investment-arbitration-intra-eu/>). The reasoning of Achmea was that EU member states are bound to use the judicial system established by the European Union. Settling disputes in private arbitration proceedings would, according to the ECJ, circumvent or even torpedo the jurisdiction of the highest European court and thus endanger the uniform application of European laws. Based on this reasoning, the ECJ decided in Achmea that the enforcement of respective awards must be denied. Following Achmea, there was a widespread fear that the ECJ’s decision would put an end to investment arbitrations to which EU member states are party.

An Arbitral Tribunal chaired by Prof. van den Berg has now decided in the Vattenfall–case that the Achmea–reasoning does not apply to arbitrations governed by the Energy Charter Treaty (“ECT”) and the arbitration clause contained therein (Art. 26 ECT). In the Vattenfall–case, the Swedish Vattenfall–group has sued the Federal Republic of Germany for damages caused by the so–called German “Energiewende” (“energy turnaround”). In the energy turnaround, the German government had basically decided to shutdown nuclear power plants within a short timespan and to replace them by green energy. Vattenfall considers this to be an expropriation with regard to their nuclear power plants in Germany and initiated arbitration proceedings under the ECT.

After taking note of the Achmea decision, the Federal Republic of Germany raised the anticipated complaint: Achmea must also put an end to the Vattenfall arbitration. The Vattenfall Tribunal has now decided on this complaint in an award dated 31 August 2018 which is available in the internet (<https://globalarbitrationreview.com/article/1173702/vattenfall-tribunal-rejects-Achmea-objection>). In this award, the Arbitral Tribunal rejects the application of the Achmea–ruling to the Vattenfall–arbitration. The award reasons that the Achmea decision was made with regard to a bilateral investment treaty between EU member states and does not address disputes under the ECT as a multilateral investment treaty to which the European Union itself is a member. The Tribunal bases its ruling on two main arguments:

First, when interpreting the terms of the ECT, there is no indication that the signatories to the ECT intended to carve out intra–EU disputes from the dispute resolution clause in Art. 26 ECT. This would have been “a simple matter” considering that Art. 28 ECT contains several of such exclusions (at para. 187 et seq.). The Arbitral Tribunal further analyzes that EU law cannot take superiority over other international law and that interpreting the ECT in light of EU law (including judge made EU law such as Achmea) is impermissible since it would endanger the uniform interpretation of the ECT for all ECT–member states, including those not being a member state of the EU.

Second, the Tribunal identifies an “unsurmountable obstacle” to Germany’s Achmea–objection in the ECT’s conflict rule contained in Art. 16 ECT. According to this conflict rule, prior or subsequent investment treaties cannot undermine the rights guaranteed to investors by the ECT if they are more favorable to the investor. Therefore, according to the Tribunal, even if EU law did prohibit intra–EU investment arbitrations, this would not affect arbitration proceedings initiated under the ECT (at para. 192 et seq.)

Based on this reasoning, the Arbitral Tribunal upheld the jurisdiction of the Tribunal. It is noteworthy, however, that the Arbitral Tribunal did not touch the Achmea decision itself and did not criticize its substance. Reading the award, one gets the impression that such open opposition was carefully

3. Derivados de la incidencia del Derecho de la Unión Europea

El rico panorama de problemas de toda índole que plantea el Derecho de la Unión Europea es otro bloque que sirva de pentagrama para analizar la virtualidad del arbitraje en el Derecho administrativo. Conjunto de cuestiones, pues, que se dan cita en el arbitraje, como podrá comprobarse en el examen de los distintos casos habidos, a la hora de examinar el juego que da el Derecho comunitario europeo.

Entre ellos, volver a reflexionar sobre un tema hasta ahora resuelto, pero que recurrentemente vuelve a obligar su reconsideración. A saber, si efectivamente, también, los árbitros pudieran ser considerados órganos jurisdiccionales del Estado miembro y en consecuencia si pudieran plantear la cuestión prejudicial *ex art.* 267 TFUE. Sabemos bien que, aparentemente, está consolidada la negativa. Conforme a la Sentencia de 23 de marzo de 1982, *Nordsee* (102/81, Rec. p. 1095) –muy seguida en el resto de cuestiones prejudiciales relativas a si un tribunal arbitral puede plantear la cuestión prejudicial–, un tribunal arbitral instituido por un convenio de Derecho privado sin intervención de las autoridades no puede considerarse un órgano jurisdiccional nacional en el sentido del art. 234 CE (Tratado entonces en vigor) y, por tanto, no puede plantear cuestiones prejudiciales.

Ciertamente, si lo que se está indicando es que los particulares no pueden ir creando órganos jurisdiccionales mediante un convenio privado tiene toda la lógica del Derecho, puesto que la creación de tribunales de justicia es un papel reservado al Legislador, como es natural en elemental aplicación del principio de legalidad a su vez derivado de la esencial división de poderes. Pero ya advierte la Sentencia que, si existe “intervención de las autoridades”, esa creación de tribunales ya tendría una oportunidad de realizarse sin problemas de legalidad. Lo que ha permitido, como veremos, una apertura a que algunos tribunales arbitrales (administrativos y creados por Ley) planteen la cuestión prejudicial.

Por otro lado, se abordará la doctrina legal del Consejo de Estado, que debería participar por prescripción de su Ley orgánica en los arbitrajes domésticos en que interviene el Estado (y por nuestra parte plantearemos si los internacionales ameritan asimismo tal intervención), se completará el estudio con la pertinente doctrina académica, jurisprudencia nacional e internacional y examen comparado de instituciones.

avoided. Those who had hoped for flamboyant advocacy in favor of international arbitration arguing against the arbitration-paranoia widespread within official EU-circles will be disappointed.

The Vattenfall decision demonstrates that there is hope for investment arbitrations even if EU member states are a party to the arbitration. If the underlying arbitration clause is not contained in a bilateral investment treaty of an EU member state, but one in a multilateral international treaty (like the ECT), the Achmea reasoning might not apply. An interesting twist in the Vattenfall arbitration is that it is governed by the ICSID rules. These rules have the special feature that the final award is enforceable by itself, i.e. without further help of state courts. Consequently, state courts will not be involved in the further proceeding and thus will not have a say whether the reasoning in Vattenfall is indeed accepted under the laws of the European Union. Hence, the discussion about Achmea will continue.”

En lo que hace al segundo gran bloque de cuestiones, esto es, el Estado como árbitro, se referirá desde luego el más conocido de todos, el arbitraje de consumo, bien que se definirán sólo sus rasgos más principales, esto es, los que pertenecen a la legislación estatal y lo haremos con la brevedad que requiere el caso dado que cuenta con un importante caudal doctrinal que hace innecesario profundizar sobre el mismo y que ya hemos indicado, por prescripción del Director de la Tesis hemos de obviar.

Bien sabemos que además existe la legislación autonómica e inclusive la ejecución local en los Municipios de oficinas dispuestas a realizar tales funciones arbitrales. Se aludirá a ellas, pero evidentemente en una Tesis de carácter general, las referencias al ámbito local y autonómico serán las imprescindibles para armar la teoría esencial de lo que significa la posición de la Administración Pública como árbitro, no para realizar toda otra Tesis sobre el arbitraje de consumo, que no sería procedente. Ciertamente el arbitraje de consumo aporta interesantes posiciones sobre el rol de las Administraciones Públicas, cuenta con una legislación propia de alguna envergadura (Ley de resolución alternativa de litigios en materia de consumo, Ley 7/2017, de 2 de noviembre) y que en los foros internacionales se ponga como ejemplo de avanzadilla en la discusión sobre algunos aspectos seminales del arbitraje, como la confidencialidad.⁴¹ En resumen: lo analizaremos, pero con cierta brevedad.

En esta línea de distinguir los grandes apartados de la Tesis, esto es, el Estado como arbitrado – a su vez en el plano nacional y en el plano internacional – y el Estado como árbitro, abordaremos distintos sectores, tales como competencia (y haremos oportunamente un breve *excursus* a las recientes modificaciones procesales relativas a la acción privada, incorporada por dictado de la correspondiente Directiva comunitaria), energía, telecomunicaciones, audiovisual, sectores regulados y otros, como contratación, están (estaban) siendo objeto de examen arbitral. Ello permitirá arribar a conclusiones y propuestas.

⁴¹ Belt Road Initiative, Evidence, IBA Guidelines on Party Representation, IBA Rules of Evidence, ICCA Sydney 2018, Parallel Proceedings, Permanent Court of Arbitration. ICCA Sydney: *Hot Topics and New Voices*. Brecht Valcke (King & Wood Mallesons)/April 18, 2018” Confidentiality and privacy have long been saluted as a major advantage arbitration provides to court proceedings in a commercial dispute. However, consumer and employment law arbitrations are challenging these very notions of confidentiality and privacy, demanding instead transparency and public accountability”. J. Fernandez-Armesto, “The Time has come: a plea for abandoning secrecy in arbitration: CAPJA2012–3–002”, *Cahiers de l’Arb.*, Juillet 2012 n° 3.

Sobre este tema, en general, *vid.* J.C. Fernández Rozas, “Trayectoria y contornos del mito de la confidencialidad en el arbitraje comercial”, *Arbitraje*, vol. 2, n° 2, 2009, pp. 335–378. Y en el arbitraje de inversiones, demostrando que el movimiento de transparencia es más común de lo inicialmente pensado, *vid.* I. Iruretagoiena Agirrezabalaga, “Atenuación de los rasgos de confidencialidad y privacidad del arbitraje de inversión”, *Arbitraje*, vol. I, n° 1. 2008, pp. 139 ss. Últimamente G. Jiménez – Blanco, “Confidencialidad en el arbitraje”, *Arbitraje*, vol. VIII, n° 3. pp. 735–748. Existen jurisdicciones en que el tema de la transparencia viene ya de muy lejos. Lo narran C. Trehearne y Herbert Smith Freehills, “Transparency, Legitimacy, and Investor–State Dispute Settlement: What Can We Learn from the Streaming of Hearings?” Kluwer Arbitration Blog. on Jun 09, 2018 07:40 am, donde se cita ya el asunto *R v Sussex Justices, ex parte McCarthy* [1924] 1 KB 256, 259 (Lord Hewart C.J.), recogido en Michael Douglas, “The Importance of Transparency for Legitimising Investor–State Dispute Settlement: An Australian Perspective” in *The New Zealand Association of Comparative Law, Hors Serie* vol. XIX (2015) Part I: *Investor–State Dispute Settlement and UNCITRAL Texts on Transparency*, at p. 112.

IV. Interrogantes expositivos

Se justifica así que abordemos pues los elementos fundamentales del arbitraje en la primera parte de esta exposición doctoral. Sin ella, andaríamos mezclando conceptos como, en frase clásica, “en zurrón de ciego”, donde no sabríamos a qué atenernos cuando pusiéramos en juego al Estado y sus Administraciones Públicas. Y con una advertencia metodológica: ello nos obliga a tratar con abundancia la jurisprudencia constitucional, incluida en algunas ocasiones, Sentencias expuestas con amplitud, e inclusive, en algunos casos *in extenso*.

Examinaremos, pues, con la brevedad que requiere el caso, el origen en el Derecho occidental y su evolución, al igual que luego estudiaremos la jurisprudencia actual del Tribunal Constitucional. Y es que, en un examen diacrónico y sincrónico de este instituto, podemos aprender múltiples cuestiones del mayor interés.

En efecto, en ambos exámenes se comprueba, como vamos a ver, que lejos de constituir un concepto técnico comúnmente aceptado de manera uniforme en la cultura jurídica occidental, el arbitraje tiene una evolución en la que los rasgos comunes se identifican, como ya hemos indicado, simplemente en que se ofrece una solución extrajudicial por terceros independientes.

A partir de ahí, todos los elementos con los que hoy identificamos el arbitraje y por tanto con los que pretendemos que es una figura única que rechaza como distorsiones todo lo que no coincide con el arbitraje comercial más acreditado (fórmula UNCTRAL, con su Ley Modelo, en la que se inspira nuestra actual Ley de Arbitraje) no dejan de ser la fórmula más avanzada y sofisticada de esta institución. Pero nada más. Porque, de un lado, en su evolución ha existido arbitraje inclusive en supuestos que hoy se rechazarían por no coincidir con ese modelo. Y de otro lado, porque existen variadas fórmulas de arbitraje; entre otras, las que componen el arbitraje administrativo. Pero con una raíz común. Amén de la evolución del instituto arbitral y de determinados rasgos que pueden acabar imponiéndose configurando un panorama realmente novedoso tales como género, transparencia, publicación, tribunales permanentes, nuevos ámbitos como derechos humanos inclusive... y así una impactante asunción de nuevos perfiles y contenidos que moldean diariamente el arbitraje sin dejar atrás su raíz común⁴².

⁴² Como indicaremos en su momento, en el mercado del Arte, se está imponiendo asimismo el arbitraje previa mediación, en asuntos ya conocidos como el acuerdo entre el Centro Aborigen de Tasmania y el Museo de Historia Natural de Londres, sobre la restitución de 17 humanos, que se devolvieron pero con posibilidades de investigación no invasiva por los expertos del Museo de Londres; o los cuadros de Picasso *Femme se Coiffant* y *L’Esp.nole à l’Éventail* entre el multimillonario de origen ruso Dmitry E. Rybolovlev y el marchante Yves Bouvier. O toda la creación del Centro de Arbitraje del Arte de la Cámara de Comercio de Milán con 32 casos resueltos, y siempre basados en experiencia y expertizaje, confidencialidad y recuperación de la confianza. *Vid.* A. Trioschi, “Art-Related Disputes and ADR Methods: A Good Fit?”, *Kluwer Arbitration Blog* 8 julio 2018.

Pensemos, en rápido repaso, en los datos que nos ofrece esa ley de arbitraje y hagamos la prueba de ver si, en efecto, no son más que supuestos de *lege data* por muy acreditados que estén en el derecho nacional y comparado. Así, y a modo de ejemplo, si cabe o no recurso judicial contra el laudo, es algo que rápidamente rechazamos, y sin embargo en la Ley de 1953 de arbitraje, cabía el recurso de casación y antes de ella, nada menos que también la apelación previa. O, por ejemplo, la confidencialidad, que pasa por ser un elemento imprescindible del arbitraje y que está en la base misma de la inexistencia de una auténtica jurisprudencia arbitral: pues bien, es un elemento históricamente discutido y continúa siéndolo hoy, al menos *de lege ferenda* no siendo pocos los autores que se pronuncian en sentido distinto al previsto en la ley. O, continuando con los ejemplos, la exigencia de resolver razonadamente sobre la petición de prueba, que en teoría queda en manos puras de los árbitros en la *lex Mercatoria* y, sin embargo, comprobaremos que hay recientes Sentencias que indican que no cabe denegación arbitraria de la prueba so pena de violación del orden público (lo que no deja de ser un cierto enmascaramiento del principio de la tutela judicial efectiva). O la llamada a terceros para que aporten pruebas. O los efectos también para terceros extraños en principio al laudo arbitral. Y así podríamos continuar con prácticamente todos los aspectos adheridos al arbitraje por obra de nuestra actual ley, fiel reflejo de la norma UNCITRAL, que por importante que sea – y claramente lo es– no deja de ser un excelente modelo, pero no una doctrina indiscutible. Tanto que, nada menos que la obligatoriedad de aceptar el arbitraje –algo que remueve los cimientos mismos de la institución– es admitida por el Tribunal Constitucional para determinados arbitrajes como el laboral (que califica con toda claridad de arbitraje, siendo así que es una especie diferente del modelo tipo).

Por consiguiente, hay que aprender de la historia y luego también de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que nos topamos ante una institución en permanente evolución y discusión. Lo cual, lejos de ser un síntoma de pubertad, es claramente un indicio de su fecundidad, de esa extraordinaria plasticidad que tiene el arbitraje para ir ofreciendo soluciones tópicas, solucionadoras de graves problemas y adaptarse al albur de los tiempos.

Porque en una Tesis como ésta que pretende abordar el tema de la posición del Estado –y sus Administraciones– con el arbitraje, surgen preguntas que solamente en ese análisis que tenga en cuenta su evolución y lo que desde la CE se considera arbitraje, puede llegarse a ofrecer una solución solvente. Porque formulando algunas cuestiones en un elenco no cerrado: ¿es el arbitraje un instituto solamente privado? ¿afecta al principio de división de poderes entregarlo a la Administración? ¿Y someter a esta, lo pone en cuestión? ¿la orfandad constitucional del arbitraje es causa de inconstitucionalidad y por ende de impedimento a la Administración para participar en el mismo? ¿puede ejecutar, y cómo, una Administración un arbitraje a la misma confiado? ¿cuál es el título para la novedosa aceptación del arbitraje denominado de inversiones? ¿es la dignidad humana entonces el único fundamento del arbitraje? ¿porque si es así, cómo atribuirlo a la Administración? ¿Y al Estado, cuando es sujeto de arbitraje internacional? ¿Equivalente jurisdiccional es aplicable como denominador común a todo arbitraje y por tanto las Administraciones invaden este tipo de poderes

jurisdiccionales cuando actúan como árbitros?⁴³ ¿Podrán incorporarse con naturalidad los arbitrajes administrativos en la legislación referente y común del arbitraje? ¿Y en el supuesto en que se arbitre entre Administraciones nos encontramos ante una técnica propiamente arbitral? ¿Los arbitrajes obligatorios especiales merecen calificarse como tales si son designados por vía legal? ¿Y puede extenderse en este último caso esa característica obligatoriedad a las Administraciones Públicas? ¿Y cuál es el papel y exigencias a las Administraciones Públicas cuando son ellas las que arbitran? En definitiva, ¿Tenemos un concepto uniforme y claro de lo que es el arbitraje, responde a un patrón único y como tal dogma resulta aplicable a todos los supuestos en que decida un tercero solucionando extrajudicialmente una controversia? ¿Y si es así, cuál sería? ¿Y si no es así, puede construirse un concepto de arbitraje público, tanto activo como pasivo? ¿Y serían los dos casos de arbitraje o hay que forzar el lenguaje para encontrar algún término nuevo apropiado? ¿El arbitraje internacional de inversiones responde a los mismos fundamentos que el arbitraje comercial, son distintos o son distintos y distantes?⁴⁴.

Las preguntas, cuestiones, interrogantes, se multiplican cuando ponemos el eje de la investigación sobre la persona jurídica Estado y la extendemos a sus Administraciones Públicas. Y pueden hacerse todavía más cuestiones, lo que justifica lo que vamos a indicar a continuación.

Es pues con esta idea de ir desgranando las cuestiones puestas que creemos se puede aprender de un repaso histórico y constitucional que aparece, así como necesario en una tesis como ésta. Y no hay, decididamente, otra fórmula. Tenemos que hacer un repaso histórico tanto de la legislación como de la jurisprudencia constitucional (luego seguida de la jurisprudencia común) para intentar despejar estos interrogantes y cuantos otros vayan apareciendo en relación con la posición de la Administración con el arbitraje. Repaso que en lo que hace además a la jurisprudencia constitucional es quizás la primera vez que se lleva a cabo de manera completa, lo que da un cierto valor a esta indagación.

Y ello obliga a volver a examinar los fundamentos de lo que en términos generales se contiene en la legislación de arbitraje y, en consecuencia, debemos repasar sus fundamentos con la extensión suficiente para entender luego el supuesto en que sea la Administración o directamente el Estado el que intervenga en un procedimiento de esta naturaleza. El autor de esta Tesis se excusa de la extensión y de los límites que así resultan de adoptar este criterio y que probablemente no fueran imprescindibles en un tema más “clásico” del arbitraje. Pero conocer si para el Tribunal Constitucional caben estas fórmulas de arbitraje en relación con las Administraciones Públicas, así como lo que el interés general significa, o la negación de que la reserva de jurisdicción

⁴³ La denominación “equivalentes jurisdiccionales” es uno de los hallazgos de Carnelutti. Cf. *Instituciones del nuevo proceso civil italiano* (traducción de Jaime Guasp). Barcelona, 1942, pp. 77 y ss., y *Sistema de Derecho procesal civil* (trad. de Alcalá-Zamora y Castillo y Sentís Melendo), Buenos Aires, 1944, I, pp. 183 y ss, *apud* J. González Pérez, “La transacción en el proyecto de ley de la jurisdicción contencioso-administrativa”, *Revista de Administración Pública*, nº 145, 1988, pp. 7 ss.

⁴⁴ S. Barona Vilar, “Maximización de la eficiencia y búsqueda de la celeridad en el arbitraje: entre el mito, la sublimación y la cuarta revolución industrial (4.0.)”, *Arbitraje*, vol. XI, nº 1, 2018, pp. 17–53.

y el principio de legalidad impidan de forma definitiva acudir a estos arbitrajes, es obligado en un trabajo como éste.

Armados con estos argumentos, entendemos justificado ante el Tribunal juzgador de este trabajo la exposición amplia de estas dos fuentes de conocimiento, la historia de la institución arbitral y la jurisprudencia constitucional.

Y es que como ha recordado expresamente el profesor Fernández Rozas “Con mayor intensidad que otras disciplinas jurídicas el Derecho internacional privado se desarrolla y explica a partir de su evolución histórica. A la complejidad y al tecnicismo que lo caracterizan cabe añadir una continuidad en el tiempo (componente imprescindible de todo sistema jurídico), que ninguna iniciativa legislativa ha podido quebrar”⁴⁵.

⁴⁵ Publicado en “El Blog de José Carlos Fernández Rozas”. Publicación de la monografía de Bertrand Ancel sobre “*Éléments d’histoire du droit international privé*”. Entrada de 4 de mayo de 2017.

En muchos otros países, y curiosamente en los de origen anglosajón, el arbitraje estaba mal visto e incluso los jueces rechazaban aplicar y ejecutar los laudos arbitrales. Y por tanto se justifica que incluso en Sentencias, se acuda a la historia para lograr acierto en la interpretación del caso.

Tiene así interés al respecto una importante Sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de mayo de 2018, “Supreme Court of the United States. Asuntos acumulados: Epic Systems Eorp. V. Lewis Certiorari to the United States Court of Appeals for the Seventh Circuit No. 16–285. Together with No. 16–300, Ernst & Young LLP et al. v. Morris et al., on certiorari to the United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, and No. 16–307, National Labor Relations Board v. Murphy Oil USA, Inc., et al., on certiorari to the United States Court of Appeals for the Fifth Circuit. Argued October 2, 2017—Decided May 21, 2018”. La Sentencia es importante también en dos aspectos que veremos en su momento: conflicto de leyes entre sí en el ámbito doméstico y cláusula en derecho laboral de utilizar el arbitraje o dejarlo aparte y someterlo a acciones y convenios colectivos (concebido a su vez en Estados Unidos como parte de arbitraje de consumo en muchos aspectos).

Ahora interesa lo que indica sobre la historia del arbitraje:

Gorsuch, J., delivered the opinion of the Court, in which Roberts, C. J., and Kennedy, Thomas, and Alito, JJ., joined. Thomas, J., filed a concurring opinion. Ginsburg, J., filed a dissenting opinion, in which Breyer, Sotomayor, and Kagan, JJ., joined.

“Congress adopted the Arbitration Act in 1925 in response to a perception that courts were unduly hostile to arbitration. No doubt there was much to that perception. Before 1925, English and American common law courts routinely refused to enforce agreements to arbitrate disputes. *Scherk v. Alberto-Culver Co.*, 417 U. S. 506, 510, n. 4 (1974). But in Congress’s judgment arbitration had more to offer than courts recognized—not least the promise of quicker, more informal, and often cheaper resolutions for everyone involved. *Id.*, at 511. So, Congress directed courts to abandon their hostility and instead treat arbitration agreements as “valid, irrevocable, and enforceable.” 9 U. S. C. §2. The Act, this Court has said, establishes “a liberal federal policy favoring arbitration agreements.” *Moses H. Cone Memorial Hospital v. Mercury Constr. Corp.*, 460 U. S. 1, 24 (1983) (citing *Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin Mfg. Co.*, 388 U. S. 395 (1967)); see *id.*, at 404 (discussing “*the plain meaning of the statute*” and “*the unmistakably clear congressional purpose that the arbitration procedure, when selected by the parties to a contract, be speedy and not subject to delay and obstruction in the courts*”). Not only did Congress require courts to respect and enforce agreements to arbitrate; it also specifically directed them to respect and enforce the parties’ chosen arbitration procedures”.

CAPÍTULO I

**CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL
DEL ARBITRAJE**

I. Incardinación del arbitraje en la Constitución Española

1. Tutela judicial efectiva

La tutela judicial efectiva es la gran estrella del Derecho tanto nacional como internacional sobre la que reposa buena parte de lo que consideramos Estado de Derecho. La protección del derecho a la tutela judicial efectiva se plasma en la legislación de la mayoría de Estados civilizados y su consideración se observa en gran parte de las publicaciones que versan sobre arbitraje, tanto público como privado, como elemento de discusión y aun de contraste.

Pero la tutela judicial efectiva no se ve transgredida, ni afectada, por el mero hecho de someter ante un órgano arbitral un conflicto en lugar de hacerlo ante los tribunales ordinarios que, como sabemos, han de gozar de independencia e imparcialidad y por tanto, contar con garantías como las establecidas en el art. 24 CE para el procedimiento ordinario. En medida no desdeñable, sí que inspira idealmente al procedimiento arbitral esa seria y rigurosa exigencia.

Ya nos hemos hecho eco de la posición del Tribunal Constitucional, nada menos que de mano del maestro Prof. Dr. Julio González Campos, contrario a la aplicación de este derecho dentro del cauce procesal del recurso de amparo. En consecuencia, en nuestro ordenamiento no cabe recurso de amparo fundado en violación en el arbitraje de un elemento fundamental, por la razón de que los árbitros no son jueces, por mucho que se asimilen en algunos aspectos, en algunos de sus rasgos. Y ello no supone un menosprecio a la expresión, tantas veces ya repetida desde que la creó Carnelutti, de “equivalente jurisdiccional” empleada por el Tribunal Constitucional (STC 62/1991) que sirve *inter alia* para explicar los efectos de cosa juzgada del laudo.

Como elemento de una justicia privada no se puede impetrar el recurso de amparo por no ser un acto del poder público. Las partes decidieron sustraer la actividad jurisdiccional ordinaria. Y con ello también el recurso de amparo que tendrá camino indirecto: el cauce será articular primero la acción de anulación y, en su caso, si la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia competente incurre en una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, cabrá amparo frente a esta Sentencia, que emanaría ya del poder público. Al igual que cabrá amparo frente a vulneraciones de derechos fundamentales de los órganos jurisdiccionales en el ámbito de la ejecución de un laudo o el nombramiento de los árbitros.

Como decíamos, el art. 117.3 CE asigna el ejercicio de la potestad jurisdiccional a los Jueces y Tribunales predeterminados por Ley. La potestad jurisdiccional implica juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Esta última parte queda vedada a la función arbitral. De esta forma, el arbitraje cumple la función sustitutiva de juzgar el procedimiento que se arrope bajo el manto arbitral; pero necesita el brazo secular de los Tribunales para poder ejecutar la decisión adoptada.

La intervención de los Jueces a lo largo del procedimiento arbitral es puntual y a la vez esencial para la buena consecución del arbitraje. Amén, claro está, de las posibilidades de anulación del Laudo, que se imponen en el examen que puede realizarse ante los Tribunales de Justicia, por causas perfectamente determinadas.

El arbitraje encuentra cabida a pesar de la reserva de jurisdicción que realiza el art. 117.3º CE debido a que se consagra por la autonomía de la voluntad de los ciudadanos y las empresas, que escogen acudir a una vía arbitral en lugar de hacerlo ante los órganos jurisdiccionales.

2. Recurso de inconstitucionalidad

El primer análisis que se debe realizar es la incardinación del arbitraje dentro del orden constitucional. El término “arbitraje” no es citado, ni mencionado, ni siquiera aludido en el texto constitucional ni en el orden procesal ordinario, ni mucho menos en lo referido a la posición de la Administración Pública ni, eventualmente, al propio Estado como sujeto de Derecho internacional. Y ello pese a una posible recuperación de la tradición gaditana, ya que en 1812 –lo sabemos ya– sí que la Constitución se abrió al arbitraje, con ideas, más o menos, semejantes a las que *ceteris paribus* hoy disponemos: art. 280 que “no se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por ambas partes” y en su art. 281 que “la Sentencia que dieren los árbitros se ejecutará si las partes, al hacer el compromiso, no se hubieren reservado el derecho de apelar”.

Lo que no significa en modo alguno que esta orfandad constitucional suponga la menor crítica constitucional a la existencia del arbitraje. Aparte del dato evidente de que vía Tratado Internacional –sí previstos en la Constitución ex art. 96 CE– se acepta, nada menos, que el arbitraje de inversiones; el más estridente desde la perspectiva de sojuzgar a un Estado. Ni tampoco el hecho de que no se incluya expresamente –como ocurría en la Constitución de 1812– suponga que está prohibido.

En todas las Constituciones, con el paradigma de la norteamericana de 1787, no todo se regula en ella, de forma que su carácter de norma jurídica implica que con el paso del tiempo acaba siendo (necesariamente) incompleta. Y su complitud se alcanza por la reforma constitucional o por la jurisprudencia constitucional, y frecuentemente por la suma de ambas. Pero ello no significa que todo tenga que estar dentro CE que no funciona como “jaula de oro”, sino que a través de sus principios puede alcanzarse tal proyección normativa y de una u otra forma, anclarla en las ideas seminales CE. En nuestro caso, tanto la tutela judicial efectiva, la dignidad de la persona, la competencia estatal procesal o el *Treaty making power*, que pueden fundar, con diferente alcance y perspectiva, el arbitraje.

Existe un conflicto inacabado entre el arbitraje cuando concierne al sector público y la reserva de jurisdicción establecida en el art. 117.3º CE Española (en lo sucesivo, CE) inexistente –hoy día– cuando el arbitraje comprende meros intereses privados.⁴⁶

⁴⁶ S. Muñoz Machado, *La reserva de jurisdicción*, Madrid, Wolters Kluwer, 1989.

Y aunque trabajado en general por la doctrina, no se acuse de reiteración a un asunto como éste, que sigue estando en el centro mismo del debate, como bien muestra la Sentencia del Tribunal Constitucional 1/2018, que contó con tres votos particulares dirigidos resueltamente a dirimir cuál es el fundamento del instituto arbitral. El tema, pues, sigue siendo candente. Y con toda probabilidad, habrá que distinguir según el tipo de arbitraje sobre el que estemos reflexionando.

El art. 117 CE es el primero del capítulo VI, que regula el Poder Judicial en España desde el ángulo constitucional. Nuestra Carta Magna guarda un silencio elocuente –valga el oxímoron– respecto a la posibilidad del arbitraje y su encaje como fórmula alternativa de resolución de conflictos. El proceso de creación de una justicia independiente al poder monárquico se tuteló principalmente tras la promulgación CE de Cádiz de 1812⁴⁷ que fija las bases de la independencia judicial y que admitió el arbitraje. Las características de independencia e imparcialidad se extienden a los árbitros y han de estar presentes en cualquier arbitraje para cumplir con la tutela judicial efectiva⁴⁸.

Este último tema de por sí ya resulta polémico, dada la posición, que vamos a examinar, del Tribunal Constitucional, que indica que no cabría recurrir en amparo un laudo basado en esa tutela judicial efectiva al ser los árbitros sujetos privados y por tanto no proceder esa causa de amparo referida solamente a los Jueces propiamente dichos, ya que continuamente recuerda el Tribunal Constitucional que la tutela judicial efectiva es un derecho de prestación y no de libertad, pensado contra la actuación de poderes públicos y nunca contra decisiones privadas como son la de los árbitros.

En efecto ¿Cabría que en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional se incluyera la posibilidad de que los árbitros plantearan cuestión de inconstitucionalidad al modo de los jueces o el recurso de amparo?

Sabemos que en Italia se ha dado un primer paso al permitir que un árbitro plantee una cuestión de inconstitucionalidad. Primer paso acertado, desde luego. El problema de permitir un recurso de amparo por parte de los contendientes –además de los

⁴⁷ Art. 242. “La potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales pertenece exclusivamente a los Tribunales.” En tal sentido, los «Jueces avenidores», escogidos o puestos por las partes para librar la contienda que es entre ellas, según Las Partidas, o los «Jueces árbitros» cuya existencia garantizaba la Constitución de 1812 (art. 280), no pueden ser calificados como Jueces en la acepción que a tal figura se adscribe en nuestra Ley suprema y en las demás del ramo. La semejanza de laudo y Sentencia, obra de cada uno de ellos, es tan sólo material. Uno y otra –se ha dicho– son decisiones reflexivas de jurisconsultos o iurisperitos sobre un conflicto de intereses, cuya vocación es la justicia, conseguir una respuesta justa y cuya función consiste en garantizar la paz social a través de una solución para eso que hemos dado en llamar la seguridad jurídica. En ambas se utiliza el Derecho, ese ars o esa técnica, como medio para alcanzar la finalidad y cumplir la misión antedicha, ambas consagradas constitucionalmente (arts. 1 y 9 CE). Auto nº 259/1993 de Tribunal Constitucional, Sección 1ª, 20 de Julio de 1993.

Art. 243. “Ni las Cortes ni el Rey podrán ejercer en ningún caso las funciones judiciales, avocar causas pendientes, ni mandar abrir los juicios fenecidos.” En alguna medida, tiene como precedente el Art. 5 CE francesa de 3 de septiembre de 1791, que establecía: “*le droit des citoyens de terminer définitivement leurs contestations par la voie de l’arbitrage, ne peut recevoir aucune atteinte par les actes du pouvoir législatif*”

⁴⁸ B.M. Cremades, “El Arbitraje en la Doctrina Constitucional Española” ..., *loc. cit.*

problemas formales como que está previsto en caso de que los poderes públicos infrinjan el derecho a la tutela judicial efectiva de los contendientes⁴⁹— estriba en que el Tribunal Constitucional revisaría el contenido del Laudo y sería una injerencia en el arbitraje que ya cuenta con sus propios remedios en caso de que se hubiera infringido la tutela judicial efectiva como es la acción de anulación. Frente a la Sentencia que resuelva esa acción de anulación sí cabrá el recurso de amparo.

En cambio, la cuestión de inconstitucionalidad contra Leyes, disposiciones normativas o actos con fuerza de Ley es una facultad de la que dispone un Juez cuando considera que una norma con rango de Ley es contraria a la CE.

Volviendo a la pregunta inicial, a nuestro juicio que los árbitros planteen la cuestión de inconstitucionalidad depende en gran medida del propio texto de la LOTC, LOPJ y LEC si se pretende asimilar legislativamente lo que ya se ha hecho jurisprudencialmente: que el tribunal arbitral es un “equivalente jurisdiccional” del tribunal ordinario.

Y es que un árbitro reúne los clásicos atributos de independencia, neutralidad, objetividad, imparcialidad, que se predicen necesariamente de los Jueces ordinarios. Lo han de tener y las continuas recusaciones basadas en incompatibilidades lo demuestran hasta la saciedad, incluso con un elemento de rigor casi superior en la práctica al exigido a los Jueces. No otra cosa hay que esperar de un “equivalente jurisdiccional”, que es exactamente “equivalente” y no algo distinto⁵⁰. Y por supuesto, si el fundamento del arbitraje es la dignidad de la persona —que no lo es, pero ha emergido en alguna STC—, aumentan, si cabe, las exigencias de rigor sobre la deontología arbitral.

Si a ello se suma que en el arbitraje se filtra por los poros de su aplicación internacional, la suma de múltiples culturas jurídicas, cada una de ellas con sus exigencias, y todas integradas ofrecen un estatuto de exigencias inmenso, habremos de convenir en que la deliberación arbitral estará presidida por personas que responden de su decisión con una integridad notable ya que han de responder de sus pronunciamientos ante las exigencias de diversos foros, a empezar el del foro doméstico y el de acogida en el caso del arbitraje internacional. Y quien está operando en sedes internacionales, arriesga mucho si por algún tropiezo interno ve cuestionar su prestigio, base y fundamento último de su posible elección.

⁴⁹ Art. 41. Dos LOTC. “El recurso de amparo constitucional protege, en los términos que esta ley establece, frente a las violaciones de los derechos y libertades a que se refiere el apartado anterior, originadas por las disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes.”

⁵⁰ En el ATC 326/1993, de 28 de octubre, se puede comprobar el alcance de esta figura “... el árbitro designado por los particulares aspira lícitamente a que su labor sea reconocida: a que el laudo dictado por él sea declarado válido y que despliegue sus naturales efectos (...). A tenor de la Ley de Arbitraje de 1988, el árbitro que zanja una controversia mediante un laudo de Derecho actúa en ejercicio de una potestad de *iuris dictio*, pues el arbitraje es un “equivalente jurisdiccional”, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos efectos de la cosa juzgada (SSTC 62/1991, fundamento jurídico 5º, y 288/1993, fundamento jurídico 3º). Su declaración de los derechos y obligaciones recíprocas de las partes de la controversia se encuentra revestida de auctoritas, por imperativo de la Ley; y solo carece del *imperium* necesario para ejecutar forzosamente su decisión, que la Ley vigente reserva a los Tribunales civiles...” (F.J. 1).

En definitiva, y volviendo al eje central de este discurso, aunque con autoridad se nos indica que un árbitro no puede plantear la cuestión de inconstitucionalidad, cabe reflexionar sobre posibles aperturas necesarias, innegables en ocasiones, que probablemente no alteren lo sustancial del arbitraje y mejoren su aceptación social, jurídica e incluso política⁵¹.

A estos efectos, el art. 35 LOTC dispone:

“Uno. Cuando un Juez o Tribunal, de oficio o a instancia de parte, considere que una norma con rango de Ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión al Tribunal Constitucional con sujeción a lo dispuesto en esta Ley.”

Este precepto hace referencia a “*Juez o Tribunal*” no a “*poderes públicos*” como ocurre con el recurso de amparo. De manera que el obstáculo es inferior y puede conjurarse con la aceptación pacífica de que un tribunal arbitral es un “*equivalente jurisdiccional*” sin necesidad de una reforma mayor y aceptar la aplicación analógica de esta normativa a los árbitros. Las ventajas son múltiples: se evitaría que el árbitro – que tiene prohibido dictar laudos *non liquet*– resolviera una controversia sin estar convencido de la constitucionalidad de una norma. Máxime cuando una de las partes hubiera propuesta esa “cuestión de inconstitucionalidad”. La legislación arbitral –

⁵¹ J. García Torres, “El silencio constitucional sobre el arbitraje y algunas de sus implicaciones con relación a los principios de unidad y exclusividad jurisdiccionales”, *Veinticinco años de arbitraje en España. Libro conmemorativo de la Corte civil y mercantil*, Madrid, 2015. pp. 55 ss. En esta línea, haciendo un *excursus* hay que indicar que tampoco el árbitro puede impetrar el amparo para defender su Laudo; así lo estableció el TC, al indicar en su Auto nº 326/1993 de Tribunal Constitucional, Sección 2ª, 28 de octubre de 1993, que “no pueden confundirse los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos que se encontraban en conflicto por razón de un contrato de obra, y que habían sometido sus diferencias a la decisión arbitral, con el interés del árbitro designado por ellos... No cabe ignorar que el árbitro designado por los particulares aspira lícitamente a que su labor sea reconocida: a que el laudo dictado por él sea declarado válido, y que despliegue sus naturales efectos. Pero la posición que un árbitro ocupa en nuestro Derecho no es equiparable a la de un ciudadano particular. A tenor de la Ley de Arbitraje de 1988, el árbitro que zanja una controversia mediante un laudo de Derecho actúa en ejercicio de una potestad de *iuris dictio*, pues el arbitraje es un «equivalente jurisdiccional», mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto es, una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada (SSTC 62/1991, fundamento jurídico 5., y 288/1993, fundamento jurídico 3.). Su declaración de los derechos y obligaciones recíprocas de las partes de la controversia se encuentra revestida de *auctoritas*, por imperativo de la Ley; y sólo carece del *imperium* necesario para ejecutar forzosamente su decisión, que la Ley vigente reserva a los Tribunales civiles... En efecto, el árbitro como tal no puede personarse y actuar como una parte más en los procesos que puedan desencadenarse con ocasión de su laudo. Es a los titulares de los derechos e intereses legítimos que se encuentran en litigio a quienes corresponde su defensa en los correspondientes cauces procesales, incluido en su caso el recurso de amparo en sede constitucional, si se viera afectado alguno de sus derechos fundamentales susceptibles de protección ex art. 53.2 CE”. Curiosamente el recurrente era Eugenio Gay Montalvo, a la sazón Decano del Ilmo. Colegio de Abogados de Barcelona y luego, años después, Magistrado entre 2001 y 2012 y alcanzó la Vicepresidencia de dicho Alto Tribunal. Luego volveremos a encontrarnos con esta Sentencia cuando examinemos la jurisprudencia constitucional sobre arbitraje.

Muy crítico con esta posición del Tribunal Constitucional, A.M. Lorca Navarrete, “Acerca de la justificación del arbitraje”, *Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada. Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal (I Internacional)*, A Coruña, 2 y 3 de junio de 2011, A.J. Pérez-Cruz Martín (dir.), X. Ferreiro Baamonde (dirs). A Coruña Universidade, 2012, pp. 91–130.

especialmente en materias sensibles como consumo o transportes que afectan en su integridad a la sociedad civil— se iría ajustando a lo que fuera resolviendo el TC, habiendo una perfecta coherencia, como un vals, entre la Constitución y el arbitraje que no ha existido en anteriores épocas donde se han anulado algunas disposiciones por suponer arbitrajes obligatorios. Por último, tampoco existe ningún fundamento sustancial para negarlo: permitir a los árbitros fundar una cuestión de inconstitucionalidad no supondría una injerencia de los árbitros en los poderes públicos. Simplemente sería una relación entre un “*equivalente jurisdiccional*” y el máximo órgano interpretativo CE. Pero incluso hay más: ¿por qué se permite a una parte plantear al Juez una cuestión de inconstitucionalidad para hacer valer su derecho de defensa de la mejor manera posible y, en cambio, no se permite en el arbitraje? Es aquí donde asoman razones adicionales para desequilibrar la balanza en favor de extender la cuestión de inconstitucionalidad al arbitraje.

3. *Recurso de amparo*

Distinta cuestión será la del recurso de amparo. En primer lugar, el legislador ya ha considerado que la admisión de un recurso de amparo sea un canal procesal de estrecho cingulo; es decir, que existan causas muy excepcionales y eventualmente se exige una previa solicitud de nulidad de actuaciones ante el órgano jurisdiccional⁵². En

⁵² La doctrina sigue insistiendo en la imposibilidad de recurso de amparo precisamente por la apuntada razón de que los árbitros no son jueces y sólo estos tendrían legalmente el monopolio con sus resoluciones de este campo. Y además trabaja en esta línea el carácter restrictivo del recurso de amparo por razones puramente prácticas, ya que la carga exponencial de trabajo que supuso en su momento, tuvo que ser drásticamente reducida mediante el estrechamiento de márgenes para que el canal de su interposición se entornara y casi cerrara. Así, “El Arbitraje en la Doctrina Constitucional Española”, cit. No obstante, siguen abiertos los eternos interrogantes que dejan sin clausurar este debate. De un lado, si el Arbitraje es un equivalente jurisdiccional y además los árbitros son sujetos privados encargados del ejercicio de funciones públicas, ya aparece en la técnica de la delegación de estas potestades públicas un componente jurisdiccional inevitable. Y lo ratifica la eterna discusión sobre si la naturaleza del arbitraje es contrato o jurisdicción, sin que nadie pueda negar que en el funcionamiento del, bien llamado, Tribunal Arbitral, deje de haber ese componente genuinamente público. Por demás, la doctrina, así el autor citado en el mismo trabajo que anotamos, plantea que debería al menos admitirse que los árbitros pudieran interponer las cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia y la propia cuestión de constitucionalidad, que son, con claridad, técnicas en principio también reservadas a la judicatura. En la Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de enero de 2005, citando STC176/1996 de 11 de noviembre, Fundamento Jurídico Segundo, se niega el amparo “en principio”; asimismo cuando el art. 41.2º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional indica que: “Dos. El recurso de amparo constitucional protege, en los términos que esta ley establece, frente a las violaciones de los derechos y libertades a que se refiere el apartado anterior, originadas por las disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes”, habría que explorar si el término “agentes” no se puede referir desde luego a los supuestos en que se actúe en nombre de poderes públicos concedidos a terceros; y si esto es así respecto de las Administraciones Públicas, reaparece el interrogante de si cabría entender en términos extensivos el concepto de “poderes públicos”. Quede simplemente apuntada la idea como un esbozo para un posible debate, aunque hoy por hoy, esté asentada la tesis expuesta contraria tanto al recurso de amparo como al planteamiento de la cuestión prejudicial.

segundo lugar, en caso de infracción a la tutela judicial efectiva, las partes cuentan con la acción de anulación ante el TSJ donde precisamente la infracción de la tutela judicial efectiva constituye uno de los motivos más evidentes de nulidad.

El propio art. 117.3º CE confiere el ejercicio de la potestad jurisdiccional a los Jueces y Tribunales predeterminados por Ley. Y además lo hace de forma exclusiva, exceptuando el Tribunal del Jurado, y los tribunales consuetudinarios –art. 125 CE– como el Tribunal de las Aguas de la Vega Valenciana o el Consejo de Hombres Buenos de Murcia⁵³. Con lo que desde una perspectiva estricta parecería que el arbitraje quedaba extramuros del Derecho en nuestro país, huérfano de reconocimiento constitucional– especialmente en lo que hace al Derecho público y singularmente al arbitraje del Estado. Sin embargo, el citado artículo lo que hace en realidad es enaltecer que la función jurisdiccional no puede sufrir injerencias de los poderes públicos, lo cual abre la posibilidad de los arbitrajes *inter privatos*; pero, *a priori*, nos deja abierta la cuestión sobre la posibilidad de que las instituciones públicas administren arbitrajes y que se sujeten a ellos⁵⁴.

⁵³ Art. 19 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. *Vid.* el trabajo de I Díez-Picazo al art. 117 CE, en *Comentarios a la Constitución Española*, dirigido por M.E. Casas Baamonde y M. Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, Madrid, 2008, pp. 1845 y ss.).

Asimismo, luego apuntaremos cómo la idea de solución extrajudicial de conflictos sencilla y barata, es uno de los principios básicos con los que se afirma la gestión óptima de los bienes comunes; un aspecto que, inspirado precisamente, entre otros, en estos dos tribunales consuetudinarios españoles, mereció el otorgamiento del Premio Nobel de Economía a Elinor Ostrom, *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge University Press, 1990. Es evidente, apuntemos, que esta economía informal basada en un derecho informal, como el que preside, por pura tradición, ambos tribunales consuetudinarios, tiene al final una serie de reglas no escritas. Informales sí, pero reglas perfectamente identificables y aplicables, basadas en la experiencia secular, visión práctica y especialidad en su objeto. Algo útil para la reflexión sobre la aplicación de lo que, informalmente, puede denominarse “Derecho arbitral”.

⁵⁴ El problema de afirmar la Constitución como norma jurídica, siguiendo el trabajo seminal de Eduardo García de Enterría, consiste exactamente en conocer si se abarca en su texto solamente lo que la Carta Magna contiene y si dentro de la misma todas sus disposiciones son reglas de obligado cumplimiento. *Grosso modo*, la Constitución cubre con eficacia jurídica, tradicional, al modo kelseniano, todos los preceptos jurídicos con un mandato, con un preciso mandato normativo, siendo el Tribunal Constitucional el encargado de demostrar su carácter genuinamente jurídico. Pero lo que no se incluye en la Constitución no significa que carezca de viabilidad constitucional; de un lado, dado el carácter expansivo de los principios constitucionales y de otro, muy preciso, la apertura a ámbitos nuevos, vía Tratados Internacionales, permite abrirse a ámbitos no establecidos directamente por la Constitución. En realidad toda la obra magna de la Unión Europea es, en gran medida, un continuo aluvión que modifica la geografía constitucional, absorbiendo competencias originarias del Estado y otros entes públicos y eventualmente ampliando su delimitación inicial. *Vid.* E. García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 4ª ed., Madrid, Civitas, 2006. Una buena explicación resumida de este magnífico trabajo, en F. Sainz Moreno, *Revista Española de Derecho Constitucional* Año 2, nº 6. Septiembre–diciembre 1982. En suma, el *mínimum* constitucional puede recibir aperturas, cuyo parámetro de examen constitucional será siempre el conjunto constitucional. Y a partir de ahí, si cabe, al final, su enjuiciamiento por el Tribunal Constitucional, sí tendría acogida en el sistema instaurado por la Constitución. El ejemplo magnífico del propio Tratado de la Unión Europea, que ya ha llegado a este Tribunal, da idea exacta de la incorporación de técnicas, realidades, competencias, que eran desconocidas cuando se firma la Constitución y que han concluido, aquí como en otros países –Alemania, Francia, Italia al menos– a aceptar el planteamiento de cuestiones prejudiciales por los propios

En ambos casos, la discusión teórica quedó obsoleta ante la innegable presencia del arbitraje tanto en el ámbito doméstico, que incluyen leyes que lo regulan tradicionalmente, como en la esfera internacional, donde los Tratados internacionales, resueltamente, han ido de manera audaz, mucho más adelante y con avance notable en la consideración del arbitraje alcanzando así a los propios Estados. Estados que, como sujetos de Derecho internacional público, operan a través de múltiples instrumentos, incluidos sus leyes, reglamentos, normas, Sentencias, actos administrativos, etc. Y esto es algo, lo repetiremos en este trabajo, al que ha sido ajeno el Derecho administrativo prácticamente hasta nuestros días.

Destaca García Torres que el Tribunal Constitucional suele apoyarse en los apartados 5 y 6 del art. 149.1 CE (Administración de Justicia y legislación procesal) para atribuir en exclusividad la competencia al Estado. Añade que la disposición final 2ª de nuestra Ley de Arbitraje cita, en cambio, las materias atribuidas bajo el número 6ª (legislación no sólo procesal sino también mercantil) y 8ª (legislación civil) del art. 149.1 CE. No invoca, en cambio, el art. 149.1. 5ª CE, “Administración de Justicia”, pese a que la doctrina constitucional, con persistente empeño, califica el arbitraje como “equivalente jurisdiccional”. Y por supuesto, como era de esperar, rechaza que el arbitraje sea una “jurisdicción especial”.⁵⁵

No obstante, el autor recuerda, repasando la Constitución, que “Un corolario de esta visión del art. 117.3º CE sería que las genuinas, por absolutas, reservas constitucionales de jurisdicción serían las específicas que se contienen expresamente o están implícitas en otros preceptos constitucionales como los arts. 25. 3, 106.1, 117.5 (segundo inciso), 136.2, 153 [a), c) y d)] CE o 161 CE. En los campos de estas reservas específicas no cabrían los equivalentes jurisdiccionales. O, dicho de otro modo, el legislador ordinario tendría prohibido crearlos. La Constitución no permite, pues, equivalentes jurisdiccionales con potestad de imponer penas privativas de libertad, controlar la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, desempeñar jurisdicción contable, ejercer jurisdicción en el ámbito estrictamente castrense o en los estados de sitio o, en fin, controlar la constitucionalidad de las normas con rango de ley”⁵⁶.

De ahí que resulte necesario, para aclarar (en lo posible) el debate, acudir directamente a lo que el Alto intérprete CE ha considerado sobre la institución arbitral desde sus inicios.

Tribunales Constitucionales. Vid R. Alonso García, *Justicia constitucional y Unión Europea*, Cizur Menor (Navarra), Civitas, 2005.

⁵⁵ J. García Torres, *ibid.*

⁵⁶ El autor, abogado del Estado ante el Tribunal Constitucional, apunta a la legalidad administrativa como barrera elevada a la institución arbitral. Si por ello entendemos enjuiciar la legislación, habría que coincidir con su postura, pero si se trata de que *per se* no cabría examinar arbitralmente un acto administrativo, tendríamos que indicar que, por de pronto, es lo que cabalmente se está disputando en arbitrajes internacionales como los varios ya pronunciados sobre el Tratado de Energía. Y justamente lo que se pretende es que muchos de sus contenidos sean dilucidados mediante procedimientos más especializados y flexibles. Y es que, con toda exactitud, si se logra dar el paso de que el arbitraje se aplique a la Administración Pública, es el contenido del acto administrativo el que será objeto de arbitraje. Alguna muestra anticipada puede comprobarse en la aplicación de la mediación, que ya ha alcanzado en algún supuesto a la propia ejecución de Sentencias contencioso-administrativas. Vid. asunto *Conde de Fenosa*.

4. Doctrina del Tribunal Constitucional

A) Planteamiento general

Resuelta la característica principal del arbitraje que permite fundar su constitucionalidad en la propia libertad instituida en el art. 1 CE, cabe plantear las posibilidades que tiene el Tribunal Constitucional de ampliar su participación en el arbitraje. Pues, como hemos visto, está vedada la posibilidad de recurrir en amparo como acto no referible a ningún tipo de poder público (art. 41.2 LOTC) y también se veda que los árbitros planteen la cuestión de inconstitucionalidad (art. 163 CE) por una concepción limitada y estricta del concepto de “órgano judicial” y “proceso”:

“Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos.”

Y el art. 35 LOTC que también dispone que la cuestión de inconstitucionalidad la plantearán “Jueces” o “Tribunales”:

“Uno. Cuando un Juez o Tribunal, de oficio o a instancia de parte, considere que una norma con rango de Ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión al Tribunal Constitucional con sujeción a lo dispuesto en esta Ley.

Dos. El órgano judicial sólo podrá plantear la cuestión una vez concluido el procedimiento y dentro del plazo para dictar Sentencia, o la resolución jurisdiccional que procediese, y deberá concretar la ley o norma con fuerza de ley cuya constitucionalidad se cuestiona, el precepto constitucional que se supone infringido y especificar o justificar en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión. Antes de adoptar mediante auto su decisión definitiva, el órgano judicial oír a las partes y al Ministerio Fiscal para que en el plazo común e improrrogable de 10 días puedan alegar lo que deseen sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, o sobre el fondo de ésta; seguidamente y sin más trámite, el juez resolverá en el plazo de tres días. Dicho auto no será susceptible de recurso de ninguna clase. No obstante, la cuestión de inconstitucionalidad podrá ser intentada de nuevo en las sucesivas instancias o grados en tanto no se llegue a Sentencia firme.

Tres. El planteamiento de la cuestión de constitucionalidad originará la suspensión provisional de las actuaciones en el proceso judicial hasta que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre su admisión. Producida ésta el proceso judicial permanecerá suspendido hasta que el Tribunal Constitucional resuelva definitivamente sobre la cuestión.”

Por lo que el Tribunal Constitucional, hasta la fecha, interviene de forma tangencial en el arbitraje. Respecto del recurso de amparo: cabrá siempre y cuando la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma donde el laudo se hubiere dictado infrinja el derecho a la tutela judicial efectiva de los contendientes al dictar la Sentencia sobre la acción de anulación o vulnerar los derechos fundamentales al intervenir los órganos jurisdiccionales en la ejecución del

Laudos o en la formalización judicial del arbitraje (más difícil se antoja en el resto de funciones pues (i) la asistencia en la práctica de las pruebas no dará lugar a la acción de anulación del Laudo; en su caso, lo motivará, la denegación de esa prueba por parte del tribunal arbitral y (ii) las medidas cautelares se sustentan de forma autónoma al proceso arbitral cuando se piden ante un órgano jurisdiccional. No participa el tribunal arbitral).

No discrepamos de esta consolidada doctrina de impedir a las partes plantear un recurso de amparo en el seno de un arbitraje. Por dos razones principales: la primera, la infracción de los derechos fundamentales que puedan producirse durante el procedimiento arbitral están bien cubiertos por la posibilidad de anular un laudo por infringir el orden público ex art. 41 f), que ya engloba la infracción a la tutela judicial efectiva, por lo que se produciría una duplicidad de recursos; la segunda, de abrirse de forma desmedida provocaría un seísmo en el arbitraje donde el Tribunal Constitucional revisaría los Laudos con el consecuente riesgo de que entrara a valorar el fondo del asunto resuelto por los árbitros o la acomodación del Laudo a los principios constitucionales, lo que supone una injerencia en el arbitraje que ya cuenta como remedio específico con la acción de anulación de la que conocen los Tribunales Superiores de Justicia. Sería una doble revisión –y un doble riesgo– pues. Además de que formalmente el árbitro no forma parte de los “poderes públicos del Estado” (art. 41.2º LOTC).

El remedio para garantizar la adecuación del Laudo a los principios constitucionales básicos, además, ya está previsto: que la infracción a la tutela judicial efectiva derive de los órganos jurisdiccionales, en cuyo caso, la resolución que dicten sí será revisada en amparo. Pero el Laudo directamente, no. Como ya ha resuelto por otro lado en varias ocasiones: “carece de jurisdicción para enjuiciar el laudo arbitral en sí mismo considerado, por cuanto como acto no referible a ningún tipo de poder público (art. 41.2 LOTC), resulta extraño al ámbito y función del proceso constitucional de amparo” como indica la SSTC 176/1996, de 11 de noviembre que hemos visto.

Sin embargo, es necesario abordar una reflexión sobre la posibilidad de que los árbitros planteen la cuestión de inconstitucionalidad. Porque si el arbitraje es un “equivalente jurisdiccional”, ello supone, con toda evidencia, que el árbitro es un “equivalente judicial”. Y la cuestión de inconstitucionalidad no limita su planteamiento a los “poderes públicos del Estado” como resueltamente ocurre en amparo. El Laudo resuelve el asunto y además de forma definitiva al desplegar efectos de cosa juzgada. El justiciable elige. Y elige conformarse con un verdadero sistema alternativo de justicia que pone punto final a una controversia. Justicia que es la ordinaria integrada por los Tribunales y Jueces ordinarios por el principio de unidad jurisdiccional pero que no se ve truncado por la admisión del sistema arbitral.

Hay, por tanto, un “indiferente jurídico” en el resultado final, ya que sea vía Sentencia judicial, sea por el Laudo arbitral, el justiciable o solicitante, obtiene un resultado definitivo que se integra con toda claridad en el ordenamiento y que es susceptible de ejecución –ahora sí, con la participación directa de la justicia ordinaria–. Y no hay diferencias de calidad final en dicho resultado. En ambos casos, y como vía claramente alternativa, el Laudo arbitral cumple la misma y exacta función que la

Sentencia judicial. Sería –sobre todo el arbitraje administrativo– similar a lo que la doctrina administrativa ha denominado “ejercicio privado de funciones públicas”, funciones públicas que pueden afectar al estado civil (matrimonio) o a actos civiles genuinos y hasta los más íntimos, como el testamento, notarial, militar, por capitán de buque, etc.) o al tráfico ordinario (escrituras notariales como título ejecutivo) o que se aceptan que se integren en el tráfico del Derecho internacional privado europeo (documentos públicos a efectos del Reglamento 1215/2012). En suma, a una serie amplia y creciente de actuaciones que se reflejan luego documentalmente y que pasan a ser aplicación del Derecho y como tales comúnmente aceptadas. Pero nacen de la voluntad de las partes a diferencia de los supuestos administrativos en los que existe una función de delegación.

No cabría plantear un recurso de amparo; teoría clásica entornada por Julio D. González Campos y que permite, eso sí, revisar la actuación judicial que se haya practicado en apoyo del arbitraje. Y es que el arbitraje tiene algunas carencias que necesitan del apoyo judicial para su completo desarrollo jurídico. Entre ellas se encuentra la cuestión de inconstitucionalidad. El art. 35 LOTC establece que en caso de un juez tenga dudas sobre si un artículo, de cuya validez dependa el sentido del fallo, es contrario a la CE, pueda plantear una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Pues bien, a pesar del equivalente jurisdiccional que supone el arbitraje, esta cuestión le ha sido vedada a los árbitros, que no tienen potestad de formular la cuestión de inconstitucionalidad⁵⁷.

Esta imposibilidad se basa en el contenido del art. 163 CE y ha sido ratificada por el TC en algunas ocasiones. Sin embargo, una interpretación amplia del concepto de órgano judicial –y es válida la que ya existe de “equivalente jurisdiccional”– por aplicación analógica de las normas; por lo que solo sería necesario una ampliación de la exégesis jurisprudencial– podría habilitar a los árbitros a plantear la cuestión de inconstitucionalidad. De esta forma, se evitaría que la polémica se reprodujera durante la acción de anulación del laudo o que en caso de no plantearse se dicte un laudo sin que el tribunal arbitral se encuentre convencido sobre la constitucionalidad de los artículos sobre los que se funda la resolución de fondo.

B) Evolución

En el Auto del Tribunal Constitucional de 13 de diciembre de 2005⁵⁸ se recogen algunos apuntes que permiten augurar cierta evolución al respecto. Así, el Fiscal General indicaba respecto al concepto “proceso” del art. 163 CE, en un supuesto en el que los encargados del Registro Civil plantearon la cuestión de inconstitucionalidad:

“Sin embargo, el razonamiento expuesto no es, en su opinión, un argumento sólido que permita fundar la decisión de inadmitir la presente cuestión de inconstitucionalidad, dada la flexibilidad con que este Tribunal ha interpretado el término «proceso» del art. 163 CE o «procedimiento» del art.

⁵⁷ Auto del Tribunal Constitucional de 5 de julio de 2005 [LA LEY 290322/2005].

⁵⁸ RTC 2005\508.

35.2 LOTC, siendo lo relevante para que el Juez o Tribunal pueda plantear una cuestión de inconstitucionalidad, de acuerdo con la referida doctrina constitucional, que ejerza poderes decisorios.”

La relevancia reside, pues, en el concepto “poderes decisorios” atribuidos al “proceso”; lo que desde luego ocurre en arbitraje. Solventado el término proceso, donde no parece que haya barreras para asimilarlo al proceso arbitral, quedaría superar el término “fallo” y la peliaguda cuestión de solventar el concepto de “órgano judicial” y si está anclado a su pertenencia y subordinación al CGPJ, donde entonces estaría vedado a los árbitros. Del término “fallo” no parece que pudiera limitar a los árbitros. De la validez-constitucional de la norma dependería el “fallo” del Laudo que aquí es incluso algo más que un “equivalente”, es una figura idéntica.

El Fiscal General niega que se pueda atribuir a los funcionarios del Registro Civil la condición de “órgano judicial”; pero merece la pena detenerse en el desarrollo:

“El art. 117.3º CE otorga exclusivamente a los Juzgados y Tribunales el ejercicio de la potestad jurisdiccional y establece que la esencia de dicha potestad consiste en juzgar y ejecutar lo juzgado, siendo evidente que por juzgar no puede entenderse otra cosa que aquella actividad que consiste en actuar el derecho en el caso concreto, lo que presupone que el mismo esté discutido de alguna forma, es decir, que exista una controversia y, por tanto, que resulte imprescindible que alguien investido de la autoridad necesaria para hacerlo diga cuál es el derecho en el caso concreto sometido a su consideración. [...] Dificilmente se pueden calificar de jurisdiccionales las funciones del encargado del Registro Civil cuando tramita un expediente matrimonial, ya que su actividad como encargado del Registro no se concilia con las características esenciales de la actividad jurisdiccional.”

Ya hemos visto con anterioridad que el art. 117.3º CE, que otorga exclusivamente a Juzgados y Tribunales el ejercicio de la potestad jurisdiccional no supone una barrera para el despliegue del arbitraje. Si bien el árbitro no tendrá facultad de hacer ejecutar lo juzgado. Entonces, lo que puede plantearse es “cuándo” surge la posibilidad de plantear la cuestión de inconstitucionalidad. Y ahí no tenemos dudas, en el acto de “juzgar” no en el posterior estadio de “ejecutar lo juzgado”. Entonces, no existen trabas constitucionales para permitir al árbitro, como equivalente judicial, plantear la cuestión de inconstitucionalidad. Siempre eso sí, que se extienda el concepto de órgano judicial (a estos efectos el hecho de que el art. 163 CE no diga “poder judicial” sino “órgano judicial” coadyuva a la interpretación que interesamos) o que se produzca una reforma de la LA 2003 que lo habilite. Y es cierto que la jurisprudencia constitucional hasta la fecha está enquistada en la vinculación del órgano judicial al poder judicial y se niega que incluso los Jueces planteen la cuestión de inconstitucionalidad cuando actúen más como órganos gubernativos que como órganos judiciales como ocurría en este supuesto. Así, el TC recordaba, antes de inadmitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad, que también le estaba vedada a los árbitros:

“También el Tribunal ha sustentado, entre otras razones, en el carácter no jurisdiccional de su actividad la afirmación de que los árbitros no pueden promover cuestiones de inconstitucionalidad. En efecto, es el carácter para-jurisdiccional o cuasi-jurisdiccional de la función arbitral, o, en otras palabras, la inexistencia de jurisdicción en sentido propio lo que impide que el árbitro pueda «plantear una cuestión de inconstitucionalidad por estar reservada a los órganos judiciales (art. 163 CE)»,

no estando tampoco legitimado «para formular cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (art. 177 del Tratado; STJ 23 de marzo de 1982, caso *Nordsee*)»⁵⁹.

Es innegable que existe cierto paralelismo con la cuestión prejudicial. Pero también debemos recordar la flexibilidad de la doctrina europea, tras su inicial rechazo en *Nordsee* y que ya permite que órganos administrativos arbitrales planteen la cuestión prejudicial (*vid.* asunto *Merck Canada* o asunto *Ascendi Beiras Litoral e Alta*). El ATC contó, de hecho, con dos votos particulares favorables a admitir la cuestión de inconstitucionalidad, si bien por motivos distintos a los que, por ejemplo, habilitaron en Italia la posibilidad de plantear la cuestión de inconstitucionalidad de los árbitros.

Ciertamente habría que vencer la resistencia, notable, y por otra parte reconocidamente bien asentada –lo hemos visto ya– de que, al no ser jueces, no procedería plantear esta cuestión; pero existen fórmulas de auxilio judicial que también apuntan a lo que indicamos⁶⁰. Y es que las ventajas que se producirían serían notables tanto para

⁵⁹ ATC 259/1993, de 20 de julio, RTC 1993, 259 AUTO.

⁶⁰ M. García Pérez, *El arbitraje y la constitución española de 1978. Una reflexión desde el Derecho público*, quien advierte que: “Este trabajo forma parte de un análisis más completo sobre Arbitraje y Derecho administrativo recientemente publicado por la Editorial Thomson–Aranzadi (2011)”. Se posiciona la autora en contra de la posibilidad de plantear cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional y en su caso cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, pero, no obstante, en la Nota nº 13 de su trabajo, certeramente incluye posiciones contrarias, al decir que viene estudiándose la cuestión a propósito del Art. 163 CE. *Vid.* en este sentido el ATC 259/1993, de 20 de julio. *Vid.* una opinión crítica en F. Cordon Moreno, *Arbitraje y jurisdicción: algunas cuestiones polémicas*, Cuadernos Civitas, 2010, p. 116 y ss.: “... me parece que existen razones para una respuesta afirmativa si se elevan a primer plano, como creo que debe hacerse, los referidos efectos jurisdiccionales del arbitraje”. En sentido similar, J.F. Merino Merchán, *El equivalente jurisdiccional en el Derecho público español*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 74; J.M. Chillón Medina y J.F. Merino Merchán y, *Tratado de Derecho arbitral*, Civitas, 2006, pp. 795 y ss. *Vid.* una argumentada posición en Fernández Montalvo, Teso Gamella y Arozamena Laso, en su obra *El arbitraje: ensayo de alternativa limitada al recurso contencioso–administrativo*, Consejo General del Poder Judicial, 2004, p. 70: “... parece que la regulación constitucional de la cuestión de inconstitucionalidad y la doctrina del Tribunal Constitucional avalan la tesis negativa, y constituyen suficientes obstáculos al reconocimiento de legitimación a los árbitros para plantear cuestiones de inconstitucionalidad. Y, en todo caso, las dudas sobre la constitucionalidad de la ley aplicable al caso pueden ser resueltas por el Tribunal Constitucional si se plantean en el seno de otros procesos, sustanciados ante el juez administrativo, dado el carácter voluntario del arbitraje, o si en el control posterior al laudo prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, por no ser un órgano jurisdiccional, o que el Tribunal Constitucional no pueda enjuiciar el laudo arbitral en sí mismo considerado con ocasión de un recurso de amparo, por exigir la Constitución y la Ley orgánica del Tribunal Constitucional que la vulneración de los derechos fundamentales se haya sustanciado ante órganos judiciales. En segundo lugar, el laudo y la Sentencia son semejantes desde una perspectiva material, pero entre ambos existen importantes diferencias. En cuanto a las semejanzas, señala el Tribunal Constitucional que “uno y otra son decisiones reflexivas de jurisprudencia o jurisprudentes sobre un conflicto de intereses, cuya vocación es la justicia, conseguir una respuesta justa y cuya función consiste en garantizar la paz social a través de una solución para eso que hemos dado en llamar la seguridad jurídica”. En ambas –indica el Tribunal– se utiliza el Derecho, ese ars o esa técnica, como medio para alcanzar la finalidad y cumplir la misión antedicha, ambas consagradas constitucionalmente (arts. 1 y 9 CE). Sin embargo, las diferencias son también nítidas. Desde una perspectiva objetiva, el laudo está limitado, porque el arbitraje sólo llega hasta donde alcanza la libertad, que es su fundamento y motor. Por ello, quedan extramuros de su ámbito aquellas cuestiones sobre las cuales los interesados carezcan de poder de disposición. Desde una perspectiva subjetiva, y dada la función del árbitro y sus limitaciones respecto al Juez, precisa de

el arbitraje (ya lo hemos apuntado: el árbitro resolvería con todos los elementos de derecho sin que existan razones para privárselos) como para el propio poder judicial pues los efectos de la Sentencia que dictara el Tribunal Constitucional generaría efectos para todos los poderes públicos tras su publicación en el BOE (art. 38 LOTC) por lo que enriquecería los textos legislativos y su coherencia con la CE. Máxime en los arbitrajes sectoriales que afectan a zonas sensibles de la legislación. Y no habría una sobrecarga de trabajo para el TC dada la excepcionalidad de este tipo de cuestiones. No olvidemos que el arbitraje en España precisa del apoyo judicial. La institución arbitral “*constituye un elemento esencial del sistema jurídico*”⁶¹. Si bien, luego, Xiol Ríos niega que los árbitros puedan plantear la cuestión de inconstitucionalidad y no considera que los inconvenientes de que no la puedan plantear justifiquen que se amplíe esta posibilidad. Pero no se trata, a nuestro juicio, de buscar inconvenientes de que los árbitros no puedan plantear (que los hay) sino (i) si existe una imposibilidad real de que planteen la cuestión de inconstitucionalidad, (ii) si existe algún inconveniente por el hecho de que la planteen (no por el hecho de que no la planteen) y (iii) las ventajas que genera para la sociedad que la puedan plantear.

C) Enseñanzas de la doctrina constitucional italiana

En particular, la doctrina italiana tiene otros factores que merece la pena recordar y que permiten resueltamente plantear por los árbitros la cuestión de constitucionalidad.

“Quanto alla legittimazione del Collegio arbitrale a proporre l'incidente di costituzionalità: c he gli arbitri sono tenuti a verificare la propria legittimazione a pronunziarsi sulla controversia ad essi deferita e che pertanto la verifica non è preclusa al Collegio arbitrale dalla sentenza citata del Tribunale di Brescia ancorché essa abbia statuito sulla competenza (cf. i principi espressi da Cassazione 8 luglio 1996, n. 6205, in www.plurisdata.it), sicché il Collegio arbitrale rimettente, quanto ai poteri, non è vincolato dalla statuizione della sentenza del Tribunale di Brescia di cui alla sentenza n. 1639 del 2016 in data 26 maggio 2016, che peraltro non ha motivato sulla questione della legittimità costituzionale dell'arbitrato; che ai sensi dell'art. 819-ter, secondo comma, cod. proc. civ., «nei rapporti tra arbitrato e processo non si applicano regole corrispondenti agli articoli 44, 45, 48, 50 e 295» e così, in particolare, non si applica la regola di cui all'art. 44, a norma del quale «l'ordinanza che, anche a norma degli articoli 39 e 40, dichiara l'incompetenza del giudice che l'ha pronunciata, se non è impugnata con l'istanza di regolamento, rende incontestabile l'incompetenza dichiarata e la competenza del giudice in essa indicato se la causa è riassunta nei termini di cui all'art. 50 [...]». c he gli arbitri sono legittimati a sollevare questione di legittimità costituzionale, in virtù della pronuncia della Corte costituzionale in data 28 novembre 2001, n. 376 e della successiva modifica dell'art. 819-bis cod. proc. civ., a norma del quale «Ferma l'applicazione dell'art. 816-sexies, gli arbitri sospendono il procedimento arbitrale con ordinanza

la asistencia de este último para su ejecución forzosa. La distinción entre árbitro–juez y laudo–Sentencia permite echar por tierra las objeciones a la técnica arbitral basadas en una supuesta vulneración del art. 117.3º CE, que atribuye exclusivamente a Jueces y se prevé la posibilidad de que el órgano judicial pueda examinar las dudas sobre la constitucionalidad de la Ley aplicable al caso y, en su caso, plantear la cuestión de inconstitucionalidad”.

⁶¹ J.A. Xiol Ríos, “El Arbitraje en la Constitución”, *Veinticinco años de arbitraje en España. Libro conmemorativo de la Corte Civil y Mercantil* (J.C. Fernández Rozas, coord.), Madrid, CIMA, 2015, pp. 54 y ss.

*motivata nei seguenti casi: [...] 3) quando rimettono alla Corte costituzionale una questione di legittimità costituzionale ai sensi dell'art. 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87»; che, secondo l'insegnamento della giurisprudenza costituzionale, «in un assetto costituzionale nel quale è precluso ad ogni organo giudicante tanto il potere di disapplicare le leggi, quanto quello di definire il giudizio applicando leggi di dubbia costituzionalità, anche gli arbitri — il cui giudizio è potenzialmente fungibile con quello degli organi della giurisdizione — debbono utilizzare il sistema di sindacato incidentale sulle leggi [...]. Gli arbitri rituali possono e debbono sollevare incidentalmente questione di legittimità costituzionale delle norme di legge che sono chiamati ad applicare, quando risulti impossibile superare il dubbio attraverso l'opera interpretativa» (Corte cost. 28 novembre 2001; n. 376, in www.giurcost.org conf., Corte costituzionale 9 maggio 2014, n. 123, in www.giurcost.org – In dottrina, C. Mandrioli, *Dir. proc. civ.*, Torino, 2014, III, pag. 455, nota 157; L. Salvaneschi, *Arbitrato*, in *Comm. cod. proc. civ. a cura di S. Chiarloni*, Bologna, 2014, pag. 664.*

Y expresamente, la Corte Costituzionale italiana, ha afirmado la posibilidad de planteamiento de la cuestión de constitucionalidad.

Así (subrayados nuestros): Corte Costituzionale.Sentenza 376/2001 (Ecli:It:Cost:2001:376) Giudizio: Giudizio di Legittimità Costituzionale in Via Incidentale. Presidente: Ruperto–Redattore: Marini. Udienza Pubblica del 06/11/2001; Decisione del 22/11/2001. Deposito del 28/11/2001; Pubblicazione in G. U. 05/12/2001 n. 4. *Sentenza 28 novembre 2001, n. 376.*

Si deve preliminarmente accertare – in riferimento alla eccezione di inammissibilità avanzata dall'Avvocatura dello Stato – se il collegio arbitrale sia legittimato a sollevare, ai sensi dell'art. 1 della legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1, la questione di legittimità costituzionale.

In proposito, occorre muovere dalla giurisprudenza di questa Corte secondo cui, per aversi giudizio a quo, è sufficiente che sussista esercizio di «funzioni giudicanti per l'obiettiva applicazione della legge» da parte di soggetti, «pure estranei all'organizzazione della giurisdizione», «posti in posizione super partes» (sentenze n. 387 del 1996, n. 226 del 1976 e n. 83 del 1966).

Ai limitati fini che qui interessano, e senza addentrarsi nella complessa problematica relativa alla natura giuridica dell'arbitrato rituale, basta osservare che l'arbitrato costituisce un procedimento previsto e disciplinato dal codice di procedura civile per l'applicazione obiettiva del diritto nel caso concreto, ai fini della risoluzione di una controversia, con le garanzie di contraddittorio e di imparzialità tipiche della giurisdizione civile ordinaria. Sotto l'aspetto considerato, il giudizio arbitrale non si differenzia da quello che si svolge davanti agli organi statali della giurisdizione, anche per quanto riguarda la ricerca e l'interpretazione delle norme applicabili alla fattispecie.

*Il dubbio sulla legittimità costituzionale della legge da applicare non è diverso, in linea di principio, da ogni altro problema che si ponga nell'itinerario logico del decidente al fine di pervenire ad una decisione giuridicamente corretta: anche le norme costituzionali, con i loro effetti eventualmente invalidanti delle norme di legge ordinaria con esse contrastanti, fanno parte del diritto che deve essere applicato dagli arbitri i quali – come ogni giudice – sono vincolati al dovere di interpretare le leggi *secundum Constitutionem*.*

In un assetto costituzionale nel quale è precluso ad ogni organo giudicante tanto il potere di disapplicare le leggi, quanto quello di definire il giudizio applicando leggi di dubbia costituzionalità, anche gli arbitri – il cui giudizio è potenzialmente fungibile con quello degli organi della giurisdizione – debbono utilizzare il sistema di sindacato incidentale sulle leggi.

La tesi della sospensione del giudizio arbitrale al fine di consentire alle parti di sottoporre il dubbio di legittimità costituzionale al giudice ordinario, è solo apparentemente coerente con la disciplina dettata dall'art. 819 cod. proc. civ. in tema di questioni incidentali. La norma codicistica, infatti, postula che – una volta sospeso il procedimento arbitrale – il giudice competente adito dalle parti decida la questione incidentale; mentre, nel caso della questione di costituzionalità, al giudice ordinario sarebbe demandato solo il compito di reiterare la valutazione di rilevanza e di non

manifesta infondatezza, già effettuata dagli arbitri, al fine di sollevare davanti a questa Corte una questione pregiudiziale rispetto ad una decisione di merito che non spetta al giudice medesimo ma agli arbitri.

Conclusivamente, dunque, va affermato, alla luce della richiamata giurisprudenza di questa Corte, che anche gli arbitri rituali possono e debbono sollevare incidentalmente questione di legittimità costituzionale delle norme di legge che sono chiamati ad applicare, quando risulti impossibile superare il dubbio attraverso l'opera interpretativa.⁶²

La tesis ha sido confirmada mediante Sentencia del año 2014.

Sentencia elevada mediante Ordenanza 123/2014 (ecli:It:Cost:2014:123) Giudizio: Giudizio di Legittimità Costituzionale in Via Incidentale Presidente: Silvestri – Redattore: G. Tesauo. Camera di Consiglio del 26/03/2014; Decisione del 05/05/2014.

“...che, in linea preliminare, deve essere ribadita la legittimazione degli arbitri rituali a sollevare incidentalmente questione di legittimità costituzionale delle norme di legge che essi sono chiamati ad applicare (Sentenze n. 223 del 2013 e n. 376 del 2001) e, quindi, sotto questo profilo, la questione è ammissibile, considerato che il rimettente ha diffusamente motivato in ordine al carattere rituale del procedimento in corso davanti allo stesso”.

Podemos así comprobar como en un ordenamiento europeo, vecino, con concomitancias evidentes e influencias recíprocas con el español, sí cabe la cuestión de constitucionalidad planteada por los árbitros. Y ello porque prescinde del ropón togado del juez como signo distintivo respecto de los árbitros, fijándose esencialmente en las características propias de la tarea encomendada –resolver en justicia o equidad– mediante principios propios de la jurisdicción: audiencia, contradicción e igualdad. No tanto en si forma o no parte del poder judicial, sino de su equivalente con efectos similares sobre los enjuiciados, sean jurisdiccionales o arbitrales.

Nuestra posición, ya comentada, es de prudencia ante los pronunciamientos constitucionales. Pero en el ánimo doctrinal de este doctorando, preside la idea de que una ulterior indagación más cercana a los principios generales de todo litigio, tiene que llevarse a cabo en su momento.

Corresponde con este importante bagaje, proceder al examen de la relación entre Administración y Arbitraje.

⁶² Es de interés, reparar en el dato de que la Corte Costituzionale Italiana, superó sin problema alguno la cuestión que le había planteado la Abogacía del Estado (semejante a la nuestra) sobre el hecho de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no permitía plantear la cuestión de prejudicialidad, entonces situada en el art. 177 del Tratado. Lo dice taxativamente: *In una memoria depositata nell'imminenza dell'udienza pubblica, l'Avvocatura, in via preliminare, manifesta dubbi in ordine alla legittimazione del collegio arbitrale a sollevare questione di legittimità costituzionale, in base al combinato disposto degli artt. 25 e 102 della Costituzione e 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87, e tenuto conto altresì dell'orientamento della Corte di giustizia, secondo cui l'arbitro non può essere considerato giurisdizione dello Stato membro ai sensi dell'art. 177 del Trattato CE.*

II. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de arbitraje: una evolución constante

1. Plan de exposición

Hasta el 17 mayo 2019, el TC ha dictado 87 resoluciones en que se refiere al arbitraje, de las cuales 57 son Sentencias y 30 son Autos. No todas, evidentemente, tienen la misma importancia, por lo que algunas de las cuales, referidas al arbitraje, tienen apenas algún engarce con el instituto arbitral.

Nos referiremos a las de mayor relevancia, utilizando extractos de su contenido y añadiendo los comentarios que sugieran. Son pues, materiales cuyos retazos fielmente se incorporan como supuestos de hecho que sirven de antecedentes a la Tesis, pero que no deben ser esquivados ya que se posicionan precisamente sobre muchos de los aspectos que estamos elaborando.

Y de ahí extraeremos la consecuencia sobre lo que en rigor constituye arbitraje para el más alto intérprete, distinguiéndolo de otras variantes, ya apuntadas, en las que existen sucedáneos, pero no propiamente arbitrajes. Ciertamente, en lo que constituye una Tesis, entendemos que en efecto tienen que incorporarse para servir de antecedentes que permitirán luego elaborar las reflexiones oportunas.

Creemos con firmeza que es mucho lo que se aprende del examen completo de las resoluciones del TC, y debemos indicar que el estudio sistemático de la jurisprudencia constitucional sobre el arbitraje aclara la naturaleza jurídica del arbitraje administrativo; esto es, del realizado directamente por la Administración Pública, si bien, como insistimos luego, hubo alguna vacilación inicial. Pero no se puede negar que estas Sentencias y autos también incurren en múltiples variaciones en cuanto se enfrentan con una institución que presenta diferentes perfiles aún acogidas bajo el mismo patronímico. De forma que bajo la denominación “arbitraje” se esconden en la jurisprudencia constitucional muy distintos institutos en cuanto se separan del tronco común hoy fijado en la Ley de arbitraje.

Sobre este punto concreto, el arbitraje realizado por la Administración Pública, a lo largo de los casi cuatro decenios de jurisprudencia constitucional, han existido ciertos vaivenes en torno a la figura. En ocasiones, admite con toda claridad que la Administración es neutral a la hora de resolver un genuino arbitraje. En otras ocasiones, yendo más lejos, se indica que cuando la propia norma particular sobre la que se asienta el arbitraje administrativo remite a la ley de arbitraje será cuando realmente se pueda indicar que se trata de arbitraje (y no otra fórmula emparentada). En otros supuestos, se indica que lo que realiza la Administración, aunque materialmente se considere arbitraje, en realidad no es otra cosa que una sumisión (*sic*) a la Administración forzada por la ley y que cuando el arbitraje es público y obligatorio no puede considerarse arbitraje genuino.

Y es que los supuestos sobre los que se va pronunciando el Tribunal Constitucional, entre sí, son lejanos, distintos y distantes, sin que exista tampoco en el Legislador una posición definida sobre cuando realiza propiamente una regulación del instituto arbitral y cuando utiliza los vocablos “arbitrar”, “arbitraje”, incluso “árbitro” en un sentido propio y continuado en su significado.

Ciertamente no es misión del legislador, tampoco siquiera del Tribunal Constitucional, definir ni hacer categorías jurídicas. Éste resuelve en cada caso de conformidad con los materiales que se le van ofreciendo y resuelve problemas, *topoi* (τόποι)⁶³ en el sentido metodológico de realizar, dentro del marco constitucional, la justicia, “aquí y ahora” especialmente en el recurso de amparo. De ahí que, no siendo su misión, no lo puede ser, resolver con categorías científicas –abstractas, formales, dogmáticas– responde a las cuestiones y dilemas que se le presentan. Y resuelve conforme a los parámetros con los que tiene que enjuiciar y en los que no resulta poca ayuda, precisamente, acudir a los principios generales del Derecho y a las formulaciones que ofrece la tópica desde Cicerón y Giambattista Vico. Y no son idénticos los supuestos en que resuelve sobre una competencia estatal o autonómica que cuando directamente se enfrenta con un recurso de inconstitucionalidad o con el recurso de amparo.

De ahí que la impresión primera que se obtiene de la exposición de tal material es que no existe una unificación de doctrina jurisprudencial y que el conjunto de resoluciones constitucionales sobre el arbitraje impartido desde las Administraciones Públicas (y, a veces, desde puras organizaciones públicas no propiamente administrativas, como en el caso de comisiones paritarias en el ámbito laboral en que junto con la Administración se sientan a resolver sindicatos y patronales) –sentencias y autos– constituya una manifestación gárrula, sin líneas de continuidad precisas.

Pero esa impresión, innegable, a su vez responde a muy diferentes posiciones, cuestiones y problemas que plantea un legislador que, además, en este caso (*v.gr.*, en el ya citado arbitraje laboral), responde a distintas épocas, en las que se amalgamaba bajo el epígrafe de “arbitraje”, instituciones y situaciones muy distintas, completamente diferentes y que se confundían a veces con supuestos de mediación forzada, decisiones administrativas salomónicas; en fin, un caudal de nociones que simplemente mostraban lo que era una situación problemática que no podía resolverse por el cauce administrativo ordinario de la ley de procedimiento administrativo y del acto administrativo en que ésta culmina.

Así, desde el carácter obligatorio de laudo buscado a propósito por el legislador –y que se ha considerado válido como supuesto de arbitraje genuino en determinados arbitrajes administrativos y desde luego en el, denominado, arbitraje laboral– hasta decisiones aparentemente arbitrales pero en las que se consideran constitucionales solo si un juez posteriormente puede examinar por completo y entrando en el fondo

⁶³ T. Viehweg, *Tópica y jurisprudencia*, Prólogo E. García de Enterría, traducción de Luis Díez –Picazo, Madrid, Civitas 2016 (1ª Edición de 1964 en Editorial Taurus). P. Sanz Bayón “Sobre la tópica jurídica en “About Viehweg’s topics and law” *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, nº 16, 2013, pp. 83–10. García Amado, *Teorías de la tópica jurídica*, Madrid, Civitas, 1988. M. Atienza Rodríguez, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 49 ss.

las soluciones propuestas en el denominado laudo –de nuevo el, así denominado, arbitraje laboral–, nos encontramos con un amplísimo panorama diverso en el que lo único que más o menos se mantiene es la denominación arbitraje, aunque no responda, como estamos examinando, a los postulados mínimos del instituto arbitral tal como lo conocemos procedente del Derecho procesal y del Derecho internacional privado y con la luenga historia que hemos acreditado lo justifica y construye desde los albores del Derecho occidental, heleno y romano.

En definitiva, pues, bajo la amplia denominación de arbitraje, se esconden en el denominado arbitraje administrativo, figuras muy distintas, figuras en construcción, en un *iter* complejo de formación sucesiva en que existen, sí, fragmentos de lo que podría considerarse el instituto arbitral, pero que en su conjunto difícilmente responden a la categoría tal como la conocemos. Si a ésta la consideramos como tal arbitraje cuando terceros independientes mediante un procedimiento perfectamente ritual, soluciona extrajudicialmente controversias con valor de cosa juzgada, en pocas ocasiones llegaremos a la conclusión, en el examen de esta jurisprudencia, de que efectivamente ahí nos encontramos con el instituto arbitral, con un auténtico arbitraje. En algunas ocasiones, pese a que se considere obligatorio, se dan el resto de las condiciones para ser tal. Y en otras ya nos alejamos de la figura, pese a su *nomen iuris*.

Demos un paso más. Porque incluso cuando lo que se está examinando por el Tribunal Constitucional es el supuesto típico del arbitraje tal como lo reconocemos en Derecho internacional o en Derecho procesal, con todas sus características (ley o tratado de arbitraje, árbitros imparciales, procedimiento propio, efecto de cosa juzgada), el alto intérprete CE, vacila a la hora de encontrar un fundamento al mismo.

Suele indicar que se trata de un “equivalente jurisdiccional”, rasgo común que remite en definitiva al efecto final de cosa juzgada prototípico de esta institución y a la concurrencia de los principios de igualdad, audiencia y contradicción. Pero en la última jurisprudencia, al menos en votos particulares (así del Magistrado Sr. Xiol Ríos en la Sentencia 1/2018) se pretende fundar directamente en la dignidad de la persona, concebida en el art. 10.1º CE. Lo cual puede ser bienvenido siempre que nos refiramos al arbitraje comercial entre personas físicas. Sin embargo, ya empieza a ser más difícil de entender cuando son personas jurídicas las que se someten a arbitraje, dado que en modo alguno gozan de la dignidad de la persona física so pena de un antropomorfismo inadmisibles. Y si de ahí damos el paso al examen del fundamento último del arbitraje de inversiones, en que es el Estado el sujeto a arbitraje, fácilmente se comprueba que en modo alguno está fundado sobre la dignidad de la persona. El Estado no soporta ningún tipo de analogía antropomórfica ni prosopopeya alguna. No al menos en Derecho.

En suma, que el hallazgo de la dignidad de la persona, con su autonomía de la voluntad como expresión última del sometimiento a arbitraje, solo explicaría, limitadamente, el arbitraje. Sirve desde luego en el caso de que el sujeto que lo promueva y se someta al mismo sea una persona física. No en el resto de los supuestos. Y de ahí, a cifrarlo en el clásico “equivalente jurisdiccional” hay un paso que de forma inevitable hay que dar. Y al darlo, utilizaremos también ese mínimo denominador común jurídico para intentar denominar arbitraje al que se practique por la Administración. En los demás supuestos en que de forma peculiar la jurisprudencia constitucional ha

tenido que enfrentarse a supuestos de solución imparcial por terceros, como veremos, podrá hablarse de instituciones materialmente semejantes al arbitraje y de fragmentos del mismo insertados como piezas lógicas que se inspiran en el arbitraje pero que están al servicio de soluciones materiales que no son propiamente arbitrales, sino que sirven para lograr un acuerdo administrativo más o menos consensuado, no imperativo, lejano al hacer diario y tradicional de la Administración Pública basado en la pura decisión ejecutiva y ejecutoria. Pero esto, que sí es correcto como nueva formulación de determinados nuevos tipos de actos administrativos, no son propiamente fórmulas arbitrales. Por tanto, hay que reconocer que el Tribunal Constitucional se va enfrentando, cada día, a nuevos retos y desafíos también en este orden de categorías. Y que lo hace como deben hacerlo los Tribunales, resolviendo con raciocinio y lógica el caso que tienen que dictaminar.

En la medida en que se le presenten casos iguales, su solución no puede diferir. Cuando se trate de temas diferentes, como sucede con el lenguaje “gárrulo y embrollado del legislador”⁶⁴ que atiende a las soluciones que su naturaleza política en expresión más alta de la democracia, tiene que atender, pero que no tiene el menor interés ni busca en modo alguno, construir categorías académicas, la solución ha de ser “igualmente diferente”, valga el oxímoron. Es decir, el Legislador va abordando los temas según su criterio de oportunidad, no pensando en realizar ningún raciocinio académico.

Ello explica la dificultad, ya que si hay algo que rechina y es conflictual con el concepto de arbitraje es el mandato imperativo y ejecutivo propio del acto administrativo –problema de autotutela–, donde se resume la esencia de lo que es la Administración Pública en sí misma considerada. Su *Sein und Zeit* es la decisión ejecutoria. Por lo que construir a partir de ahí, un *compositum* arbitral que dé cuenta cabal de un contenido aceptable desde esta categoría, se presenta como una tarea ardua, un desafío difícil que se encuentra en fase de construcción, no acabado totalmente (dentro de lo que cabe decir de todas las categorías jurídicas, siempre en evolución y revisión). Ello por cuanto a partir de su autotutela declarativa y ejecutiva, acostumbrada la Administración a resolver y concluir por su cuenta cualquier asunto que se le plantee, llevando a cabo además lo que ha decidido, resultará difícil hacer compatible tal formulación con una técnica que por definición supone que es un tercero quien adopta la resolución, algo difícilmente compatible con la fulminante actuación que la autotutela supone.

2. Aproximación al fundamento constitucional

Nos apoyaremos en la propia jurisprudencia constitucional para definir la relación entre las categorías jurídicas y la expresión legislativa de las mismas, acudiremos precisamente a la Sentencia 11/1981, de 8 de abril que utilizaremos asimismo dentro del ámbito de estudio de las resoluciones constitucionales sobre el arbitraje, pero que aquí

⁶⁴ E. García de Enterría y Martínez-Carande, *La lengua de los derechos. La formación del Derecho público europeo tras la Revolución Francesa*. Manejamos la edición venal publicada por la Real Academia de la Lengua, Madrid, 1994.

y ahora, en esta prognosis, nos sirve bien para enunciar lo que realmente cabe decir entre la idea doctrinal y su concepto sobre el arbitraje —lo que comúnmente denominamos la comunidad de juristas la “naturaleza jurídica”— y lo que realmente está haciendo el legislador y cuya indagación y posible encaje con dicha naturaleza, tiene que hacer el intérprete de esa norma.

Nos dice así, con clarividencia en este punto, el Tribunal Constitucional en la citada Sentencia que existen dos caminos complementarios para entender el contenido esencial de un derecho subjetivo:

“Para tratar de aproximarse de algún modo a la idea de «contenido esencial», que en el art. 53 CE se refiere a la totalidad de los derechos fundamentales y que puede referirse a cualesquiera derechos subjetivos, sean o no constitucionales, cabe seguir dos caminos. El primero es tratar de acudir a lo que se suele llamar la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho. Según esta idea hay que tratar de establecer una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y lo que algunos autores han llamado el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y, en general, los especialistas en Derecho. Muchas veces el *nomen* y el alcance de un derecho subjetivo son previos al momento en que tal derecho resulta recogido y regulado por un legislador concreto. El tipo abstracto del derecho preexiste conceptualmente al momento legislativo y en este sentido se puede hablar de una reconocibilidad de ese tipo abstracto en la regulación concreta. Los especialistas en Derecho pueden responder si lo que el legislador ha regulado se ajusta o no a lo que generalmente se entiende por un derecho de tal tipo. Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose, por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales.

El segundo posible camino para definir el contenido esencial de un derecho consiste en tratar de buscar lo que una importante tradición ha llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos. Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el Derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección.”

Vemos pues que la dificultad de hacer confluir lo que es una institución tal como la reconocemos en la doctrina, con su encaje legislativo, y por ende su calificación jurisprudencial posterior, puede ser enorme.

Por imperativo metodológico, es imprescindible realizar este trabajo ya que lejos de disponerse de una cómoda y fiable tesis, el Tribunal Constitucional, resolución a resolución, maneja diferentes teorías sobre la fundamentación constitucional del arbitraje. Tanto es así que en la Sentencia 1/2018, se produjeron nada menos que tres Votos particulares en un caso de arbitraje de seguros, donde la mayoría sostuvo la noción tradicional en este Alto Tribunal, esto es, que el arbitraje en general —y sin perjuicio de matizaciones, que habrá que examinar, sobre algunas especialidades— es un “equivalente jurisdiccional”. Y, sin embargo, en algunos Votos particulares recientes surge una tesis que implica que la fundamentación última del arbitraje se basa en

la dignidad de la persona, esto es, en el art. 10 CE y no en el art. 24. Recordemos que el art. 10, reza así:

“La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.”

Más discutible es que se considere que la dignidad de la persona es la que funda el arbitraje cuando son personas jurídicas las que convienen organizar este instituto, ya que difícilmente podría entenderse que el atributo de la dignidad es el que está detrás de una persona jurídica como fundamento último de su voluntad de sujetarse a arbitraje. Y aunque es cierto que se están dando en determinados sectores del ordenamiento, como el Penal, pasos para identificar conductas de las personas jurídicas con las clásicas atribuidas a las personas (delitos de las personas jurídicas que superan el añejo *Societas delinquere non potest*) no puede realizarse una extrapolación extravagante que rompa mediante una analogía indebida lo que es propio del más extraordinario y formidable fundamento de la persona, del hombre, como es su dignidad. La dignidad es la base misma de toda la organización constitucional de la sociedad, tal como por demás sucede en otros ordenamientos, singularmente en el alemán –de donde lo adoptó el constituyente español–.

Con mayor fuerza argumental, habría que indicar que tampoco puede ser la dignidad de la persona el fundamento del arbitraje de inversiones. En éste, es un Estado directamente el que mediante un Tratado –bilateral o multilateral– se somete a arbitraje –o bien mediante una cláusula paraguas inserta en un contrato–. Y resulta bien distinto del arbitraje comercial, tanto por los sujetos que acuerdan –aunque es habitual que sociedades estatales participen en arbitrajes comerciales– por la fuente: en arbitraje de inversiones normalmente el tratado acordado y en el arbitraje comercial el convenio arbitral; como por los elementos en los que se funda la condena: que en inversiones son elementos de Derecho público como la responsabilidad patrimonial del Estado legislador o confianza legítima) y en arbitraje comercial será el incumplimiento de unas cláusulas contractuales. En fin, desde luego, atribuir al Estado signatario de un Tratado una dignidad propia de la persona física, es un argumento antropológico imposible de extrapolar⁶⁵.

Lo cual nos conduce a plantear si las propias Administraciones Públicas pueden ser titulares de derechos fundamentales. Además de su envergadura teórica, tiene

⁶⁵ P.J. Martínez –Fraga, “Apuntes sobre la necesidad de armonizar el principio de protección de la inversión extranjera con el concepto de soberanía regulatoria del Estado en el arbitraje internacional: una oportunidad para forjar jurisprudencia transnacional”, *Arbitraje*, vol. IV, nº 2, 2011, pp. 383–403; I. von Münch. “La dignidad del hombre en el derecho constitucional” (traducción: J. Nicolás Muñoz, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 5, mayo/agosto 1982, pp. 9 ss., quien indica: “Ni los órganos del Estado ni tampoco las personas jurídicas de Derecho privado pueden ser titulares del derecho fundamental de la dignidad de la persona humana, pues este derecho sólo tiene vigencia para las personas en cuanto individuos a causa de su vinculación a la existencia única e irrepetible del individuo”.

consecuencias prácticas evidentes. A empezar por la posibilidad de plantear recurso de amparo, aspecto éste que nos ayudará a comprender la posición institucional de la Administración y su encuadre en el orden constitucional, procesal y arbitral.

Hagamos así pues un *excursus* sobre la debatida cuestión de si la Administración tiene también derechos fundamentales. Y hay que plantearlo directamente, no solo respecto de sus organizaciones y empresas, donde sería relativamente más sencillo afirmar esta posibilidad. Lo hacemos atendiendo fundamentalmente a la propia doctrina constitucional fundada en la jurisprudencia constitucional.

3. Excursus sobre derechos fundamentales de las administraciones

Por su parte, el Tribunal Constitucional debate en torno al reconocimiento de derechos fundamentales a las personas jurídico-públicas.

Ya inicialmente Sala Primera. Recurso de amparo número 1.375/1986. Sentencia número 64/1988, de 12 de abril. Ponente Excmo. Sr. D. Luis Díez-Picazo (quien a la vez firma el Voto Particular), discutía (y se admitió) la posibilidad de extender derechos fundamentales a las Administraciones Públicas:

“...Por lo que se refiere al derecho establecido en el art. 24.1º CE, como derecho a la prestación de actividad jurisdiccional de los órganos del Poder Judicial del Estado, ha de considerarse que tal derecho corresponde a las personas físicas y a las personas jurídicas, y entre estas últimas, tanto a las de Derecho Privado como a las de Derecho público, en la medida en que la prestación de la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales tiene por objeto los derechos e intereses legítimos que les corresponden. Y así ha sido establecido por una extensa doctrina jurisprudencial de este Tribunal, que no es necesario examinar aquí con detalle. Sin embargo, por lo que concierne a este último derecho, este Tribunal ha dicho que no se puede efectuar una íntegra traslación a las personas jurídicas de Derecho público de las doctrinas jurisprudenciales elaboradas en desarrollo del citado derecho fundamental en contemplación directa de derechos fundamentales de los ciudadanos. Por ello, hay que entender que, en línea de principio, la titularidad del derecho que establece el art. 24 CE corresponde a todas las personas físicas y a las personas jurídicas a quienes el ordenamiento reconoce capacidad para ser parte en un proceso y sujeta a la potestad jurisdiccional de Jueces y Tribunales, si bien en este último caso el reconocimiento del derecho fundamental debe entenderse dirigido a reclamar del órgano jurisdiccional la prestación a que como parte procesal se tenga derecho.”

Ahora bien, lejos de aceptarse pacíficamente la solución de atribuir capacidad de amparo o en definitiva de ejercicio de un derecho fundamental a las Administraciones, el propio Tribunal Constitucional tropieza con alguna enérgica oposición a esta opción, como demuestra el Voto particular suscrito por tres Magistrados (la mitad de la Sección, por lo que vino a dirimir esta posibilidad el Voto de calidad de su Presidente). Veamos.

En este voto particular que formulan los Magistrados Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Antonio Truyol Serra y Miguel Rodríguez Piñero y Bravo-Ferrer a la Sentencia de 12 de abril de 1988 en el recurso de amparo niegan que quepa extender derechos fundamentales a las Administraciones Públicas:

“Hemos coincidido en la decisión que en este caso se adopta de desestimación del amparo. Sin embargo, hay a nuestro juicio, una razón más poderosa para llegar a esa conclusión, que es, en síntesis, la imposibilidad de considerar al Estado o a la Administración del Estado como titular de un derecho fundamental.

En definitiva, tanto las exigencias del art. 24 CE sobre tutela judicial efectiva (demanda, contestación, prueba, alegaciones...) como otros derechos fundamentales (inviolabilidad del domicilio frente a inspecciones tributarias o de competencia, etc., o inclusive el honor en cuanto manifestación de la imagen con la consecuente necesidad de protección comercial) han permitido esas limitadas aperturas ocasionales a la protección como derecho fundamental de la que es portador una persona jurídica⁶⁶.

Sin embargo, esta polémica ha avivado recientemente. Da buena muestra de ello la Sentencia del Tribunal Constitucional 37/2019, de 26 de marzo de 2019. Recurso de amparo 593–2017.

Hemos de indicar que esta Sentencia presenta para nuestros objetivos, un doble interés:.

i) Vuelve a plantear la posibilidad de que las Administraciones Públicas sean titulares de derechos fundamentales y en consecuencia puedan acudir al amparo. Lo cual

⁶⁶ Sentencia 183/1995, sala Segunda. Ponente Excmo Sr. Don Vicente Gimeno Sendra. “La cuestión planteada ya ha sido resuelta —en su estricta dimensión constitucional— por la reciente STC 139/1995, cuyos fundamentos jurídicos deben tenerse ahora por reproducidos, y en la que expresamente se declaró que «el significado del derecho al honor ni puede ni debe excluir de su ámbito de protección a las personas jurídicas». Vid. A. M. Rodríguez Guitián. *El derecho al honor de las personas jurídicas*, Madrid, 1996. Un debate sobre la aplicación a las personas jurídicas de Derecho público en I. Lasagabaster Herrarte “Derechos fundamentales y personas jurídicas de Derecho público”, *Estudios sobre la Constitución española: homenaje al profesor Eduardo García de Enterría* / coord. por S. Martín–Retortillo Baquer y E. García de Enterría Martínez–Carande (hom.), vol. 2, 1991 (De los derechos y deberes fundamentales), pp. 651–677, quien afirma se trata de una cuestión técnica, no ideológica, remitiendo pues a lo que venga a indicar el derecho positivo. No obstante, con carácter general, hay que indicar que la atribución de tales derechos fundamentales a personas jurídico públicas, de siempre ha planteado problemas y seguirá así, al menos hasta que se tuerza el sentido prístino de la Administración Pública como poder y se la convierta en una empresa, algo que supondría una drástica forzatura y cambio CE (si bien no son pocos los intentos, paulatinos, de realizar esta operación, como lo demuestra cabalmente la sustitución de los funcionarios por empleados públicos sujetos al derecho laboral). Vid. tales dificultades en Á.J. Gómez Montoro, “La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas: un intento de fundamentación”, *Revista Española de Derecho Constitucional* nº 65, Mayo/Agosto 2002, pp. 208 y 209: “El examen de cómo operan esas limitaciones debe ser objeto de otros trabajos, pero sí cabe apuntar que la fundamentación aquí propuesta de la titularidad de los derechos fundamentales por las personas jurídicas permite avanzar dos conclusiones. La primera, que como regla general esa titularidad no es posible cuando se trata de personas jurídicas de Derecho público: si las personas jurídico–privadas tienen derechos porque en su origen está el ejercicio de un derecho fundamental que, de otra manera, no estaría suficientemente garantizado, fuera del círculo de los titulares de derechos fundamentales deben quedar —por principio— aquellas organizaciones en cuyo origen está única y exclusivamente un acto de un poder público. Por otra parte, la persona jurídico–pública no es un instrumento para el ejercicio de derechos; aunque en ciertos casos puede existir una vinculación con algún derecho fundamental —y muy especialmente con el derecho de participación política del art. 23 CE—, su creación responde a principios de diversa índole como pueden ser los de descentralización, eficacia y flexibilidad en la organización administrativa”.

demonstraría que hay conceptos básicos que resultan de difícil entendimiento sin consideración a circunstancias concretas y en atención a finalidades muy específicas y solventes, algo que serviría para demostrar que la interpretación jurídica no es un círculo cerrado sino abierto a nuevos destinos que se pueden abrir si con ello mejora la posibilidad del ordenamiento de servir a los intereses de todos.

ii) Se plantea un importante tema de interpretación del Derecho europeo en relación con el doméstico. En concreto, se cuestiona si un tribunal tiene o no que plantear la cuestión de prejudicialidad si el acto es claro o “está aclarado”. Habría que recordar que, en derecho comparado, en Alemania ya se produjo esa concatenación entre cuestión prejudicial ante el TJUE y cuestión constitucional interna. Porque servirá para mostrar que por lejana que sea, la conexión entre cuestión prejudicial europea y derecho interno existe, lo que de una u otra manera, rompiendo esquemas, supone que el derecho europeo *ultima ratio* es también, pese a las consabidas protestas en contra de los tribunales constitucionales, un parámetro de constitucionalidad. Y que se puede resumir en que cuando un tribunal de justicia de cualquiera de los órdenes jurisdiccionales de cualquier país miembro de la UE, se niega –arbitrariamente– a plantear la cuestión prejudicial ante el TJUE, tal negativa arbitraria es inconstitucional también.

Veamos la cuestión, citando lo que recogen R. Alonso García y J. M. Baño León.⁶⁷

“La obligación de cumplir la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad no puede transformar las competencias y las reglas procesales internas: el Tribunal Constitucional, desde luego, no tiene atribuida la función de inspeccionar el cumplimiento por los Tribunales ordinarios de las obligaciones internacionales, salvo en la medida en que ese cumplimiento afecte directamente a los derechos fundamentales de los ciudadanos.

2. La desviación del juez interno de las decisiones del TJCE como supuesto de vulneración del derecho al juez legal: su reconocimiento en la Resolución de 8 abril 1987 del Tribunal Constitucional Federal Alemán (TCFA o *Bundesverfassungsgericht*):

[...]

El recurrente impugnó ante el TCFA la Sentencia del Tribunal Federal en materia económica (*Bundesfinanzhof*) basándose en el art. 101.2º de la Ley Fundamental. El Tribunal Federal había tenido sólo en cuenta la legislación alemana y había hecho caso omiso de la contestación que el TJCE dio a la cuestión prejudicial que en el mismo procedimiento planteó el juez de instancia. El TJCE ratificó la doctrina sentada en su Sentencia de 22-2-1984 y estimó que el Estado no podía oponer a los ciudadanos obligaciones en contra de la sexta directiva, una vez había transcurrido el plazo previsto para su desarrollo en Derecho interno. (N/W, 23, 1988, pp. 1459-1462). (Se planteó entonces una queja constitucional, que en España podríamos denominar Recurso de Amparo).

El TCFA estima el recurso por dos razones:

a) El *Bundesfinanzhof* estaba obligado a seguir la interpretación sostenida por el TJCE en la cuestión prejudicial planteada por el juez de instancia.

En consecuencia, la recurrente podía invocar en su favor la sexta directiva sobre el IVA, y la Ley alemana no era oponible en virtud del principio de primacía del Derecho comunitario.

b) Si el *Bundesfinanzhof* estimaba que no era procedente seguir la respuesta dada a la cuestión prejudicial por el Tribunal europeo, estaba obligado a formular una nueva cuestión prejudicial al

⁶⁷ R. Alonso García y J.M. Baño León, “El recurso de amparo frente a la negativa a plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 29, Mayo/Agosto 1990, pp. 208 – 209. *Vid*, asimismo, S. Bacigalupo, “Los derechos fundamentales de las personas jurídicas”, *Revista del Poder Judicial*, nº 53, 1999, pp. 49–106.

Tribunal de Luxemburgo. En ella hubiera podido plantear todas las dudas sobre los efectos de la directiva y sobre la falta de competencias del TJCE para modificar los Tratados comunitarios.”

Podemos pues extraer la siguiente conclusión: incumplir el Derecho de la Unión es a su vez incumplir el Derecho constitucional alemán. Una violación de aquél, por una actuación conscientemente arbitraria (de un juez en este caso) supone con toda claridad para el *Bundesverfassungsgericht* o TCFA en español, una clara infracción de la propia Constitución, del Derecho interno alemán. Con lo cual, en tales supuestos, sí existe enjuiciamiento del derecho interno mediante una aplicación al caso del derecho de la Unión. El Derecho de la Unión se convierte, en caso de patente arbitrariedad en su omisión, en parámetro de enjuiciamiento constitucional.

Es decir, que cuando se produce arbitrariedad por el juez, consistente en aplicar el derecho interno con olvido manifiesto de las normas comunitarias y muy especialmente de las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, esa arbitrariedad tiene un doble parámetro de incumplimiento. De un lado, desde luego, viola el Derecho comunitario, colocando así al Estado (alemán en este caso) ante un supuesto de incumplimiento comunitario con la consiguiente responsabilidad. Al mismo tiempo y de otro lado, simultáneamente, esa arbitrariedad, ligada a un derecho fundamental como la tutela judicial efectiva, implica que el propio *Bundesverfassungsgericht* utilizará esa omisión del Derecho comunitario para dejar sin efecto a una decisión judicial interna contraria a dicho Derecho europeo.

Volvamos ahora, nutridos con esta aportación, al examen de la Sentencia 37/2019. La importancia de recalcar en esta Sentencia y en el Voto Particular cuya existencia confirma y alerta sobre la continuidad de la polémica en torno a la admisión de derechos fundamentales de las personas jurídico-públicas, se muestra así del mayor interés. En el F.J.3, indica la Sentencia:

“En el asunto que nos ocupa era insoslayable para inaplicar la disposición de ley al caso concreto, por causa de su posible inconstitucionalidad o de su posible contradicción con el Derecho comunitario, la promoción de la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad o cuestión prejudicial (arts. 163 CE y 234 TCE), sin las cuales, las normas legales no podían ser, en manera alguna, inaplicadas o preteridas» (...).

Dicho lo cual, este Tribunal considera procedente abordar, desde la perspectiva propia del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), la queja relativa a la errónea consideración de inaplicar la norma nacional sin necesidad de plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Por ello, en este fundamento nos aprestamos a dar respuesta a esa denuncia, de cuyo resultado dependerá si la referida cuestión prejudicial debe o no ser planteada por el órgano jurisdiccional. Ahora bien, debe quedar claro que nuestro pronunciamiento se va a limitar a ese aspecto, pues no nos corresponde resolver si existe o no contradicción entre la normativa inaplicada por el tribunal a quo y el precepto de la Directiva ya indicada; ni tampoco establecer doctrina o interpretación alguna en relación con la cuestión prejudicial regulada en el art. 267 TFUE, por ser este cometido de la exclusiva incumbencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.”

Todo ello, llevó en el caso concreto, a declarar vulnerado el derecho a un proceso público con todas las garantías (art. 24.2° CE), anular la Sentencia del Tribunal Supremo y retrotraer las actuaciones al momento anterior al de dictar Sentencia, para

que el indicado órgano judicial dictara nueva resolución que fuera respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

Pero como indicábamos inicialmente, la aceptación mayoritaria de la existencia de derechos fundamentales susceptibles de amparo a favor de las Administraciones Públicas, no es completa, ya que continúa la saga de Votos particulares que cuestionan esta posibilidad.

Así se expresa en el Voto particular que formula el magistrado Andrés Ollero Tassara.

“La doctrina constitucional ha admitido, por excepción, que las personas jurídico-públicas puedan hacer valer por la vía del recurso de amparo el relativo a un proceso con todas las garantías reconocido por el art. 24.2 CE (STC 175/2001, de 26 de julio, FJ 8, y las que en ella se citan, y STC 78/2010, de 20 de octubre, FJ 7, por todas). Considero sin embargo que tal excepción habría de admitirse únicamente cuando la actuación administrativa sometida al control judicial no implicara el ejercicio de prerrogativas o potestades públicas. En tales ocasiones las entidades públicas actúan como tales, investidas de poder o autoridad... Si se hubiera seguido la interpretación restrictiva que suscribo acerca de la legitimación de las administraciones públicas para interponer demandas de amparo constitucional, se habría acordado la inadmisión del presente recurso”.

La polémica, pues, continúa. Al final, en buena medida, se convierte esta disputa en un conflicto de competencias entre la jurisdicción ordinaria (Tribunal Supremo) y la constitucional (Tribunal Constitucional). La cuestión es “quién es en España el guardián (jurídico) de los Tratados”, si uno u otro tribunal.

Pero más allá de ese conflicto, lo que sí es cierto es que, tanto en el Voto mayoritario como en el Voto particular, existe coincidencia en afirmar que, si se da una omisión irrazonable o arbitraria del planteamiento de la cuestión prejudicial de forma arbitraria o manifiestamente errónea, entonces el derecho europeo se convierte en derecho constitucional. O sea, si el juez español deja de plantear la cuestión prejudicial ante el TJUE, España corre el peligro cierto de ser condenado. Y eso quiere decir que su Constitución está fallando por no disponer de los instrumentos apropiados para garantizar la cesión de soberanía realizada con ocasión de la firma del Tratado de Adhesión.

Como esto último es inaceptable, es imprescindible que, en un sistema constitucional como el nuestro, existan instrumentos apropiados para lograr que no se coloque a España en esa situación de responsabilidad por infracción del Derecho comunitario. Y el mecanismo apropiado es, al igual que en Alemania, convertir de forma decidida una infracción del Derecho comunitario en una infracción constitucional.

Para ello, como mínimo, el control que tiene que hacerse es el de razonabilidad sobre la actuación del Juez que dio lugar a la inaplicación del Derecho comunitario. Si éste, al negarse a interponer una cuestión prejudicial frente a un pretendido incumplimiento del Derecho europeo, lo hace demostrando en su razonamiento con rigor las razones que le llevan a esa posición (por ejemplo por entender que la norma interna cumple perfectamente y de forma clara con la norma europea y no contradice la jurisprudencia constitucional, o por entender que ya una Sentencia del TJUE aclaró en un procedimiento similar que el asunto no planteaba conflicto y por tanto no era necesario interrogar al TJUE sobre un asunto ya aclarado), no podrá decirse que ha incurrido en

una omisión del deber de interposición de la cuestión prejudicial. Es decir que no es arbitrario. Y, por tanto, en esta posición mínima, el Tribunal Constitucional no debería intervenir.

Y finalmente, existe consenso, pese a las aparentes diferencias, en que las personas de Derecho público, con carácter excepcional titulan ciertos derechos fundamentales. Desde luego, en todo lo que hace a la tutela judicial efectiva, dado que por definición la Administración pleitea de ordinario al ser una de las partes procesales en el procedimiento contencioso-administrativo, exactamente igual que el administrado. Lo que basa *inter alia* en la separación de poderes que rige el Estado de Derecho. Y, por tanto, puede plantear el recurso de amparo.

Algunas personas jurídico-públicas, de forma eventual, pueden llegar a tener algún otro derecho fundamental, como ocurre, por ejemplo, con lo dispuesto en el art. 20 (apartados 3 y 4) ya que efectivamente los medios de comunicación dependientes del Estado, como Radio Televisión española, dispone de libertad de información, o incluso puede exigir respeto hacia su propia imagen. Pero admitidas estas excepciones, lo que no cabe afirmar sin más es que las personas jurídico-públicas pueden ser titulares de derechos fundamentales.

La Constitución Española no recoge pues, la posibilidad de que las personas jurídicas tengan derechos fundamentales, a diferencia CE alemana, la denominada Ley Fundamental de Bonn de 23 de mayo de 1949, que en su art. 19.3, indica: “Los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas con sede en el país, en tanto por su propia naturaleza sean aplicables a las mismas” (Seguida en este punto por la Constitución de Portugal, art. 12.2: “2. Las personas jurídicas gozan de los derechos y están sujetas a los deberes que sean compatibles con su naturaleza.”) Pero sí ha permitido, en el estricto ámbito procesal, reconocerles legitimación para interponer recurso de amparo (art. 162.1. Están legitimados: b) Para interponer el recurso de amparo, toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, así como el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal).

En un trabajo de P. Cruz Villalón⁶⁸ se clasifican los distintos supuestos de posible titularidad de derechos fundamentales de las personas jurídicas.

i) Los de derecho privado, con cita de dos Sentencias del Tribunal Constitucional, 137/1985 de 17 de octubre y 64/1988, donde acaban aplicando prácticamente la misma fórmula que en la Constitución alemana, permitiendo que la inviolabilidad de domicilio (art. 18.2 de la CE) alcance a las personas jurídicas (en el caso, una empresa).

ii) Existen los grupos (art. 9.2 CE) tengan o no, personalidad jurídica, quienes según Cruz Villalón (quien los llama “individuos colectivos”) son a la vez causa y efecto de derechos fundamentales, ya que ellos mismos en cuanto tales, portan en sí la

⁶⁸ P. Cruz Villalón, “Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros, las personas jurídicas”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 35, Mayo/Agosto 1992, pp. 63 ss.

consideración y reconocimiento de constituir un derecho fundamental novedoso en el panorama comparado y, a su vez, pueden ejercer determinados derechos.

iii) Las personas jurídicas de Derecho público pueden tener aquellos derechos que se imponen por la propia estructura lógica de derechos fundamentales establecidos por la Constitución, como es con toda evidencia la tutela judicial efectiva del art. 24, al que ya hemos hecho referencia y muy excepcionalmente la propia libertad de expresión, nada menos, a los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público según dispone el art. 20.3º CE. En el resto, las personas jurídicas de Derecho público carecen de todo derecho fundamental, son exponentes del poder que es precisamente lo que tratan de fiscalizar los derechos fundamentales.

Y, como hemos visto en el Voto particular a la primera Sentencia, puede también ocurrir que, excepcionalmente, por imperativo constitucional (art. 20 CE) se le pueda entregar un limitado ejercicio de un derecho fundamental a una persona jurídica pública. Pero la excepción confirma la regla.

Retomando la cuestión sobre la incidencia en el arbitraje, toda esta enorme discusión demuestra como, lejos de ser una cuestión resuelta, el planteamiento de la cuestión prejudicial (y eventualmente la cuestión de constitucionalidad) no son tampoco supuestos definitivamente concluidos en un sentido negativo. Prueba de ello resultan algunas recientes aperturas que veremos. Este aspecto y los recientemente propuestos tribunales permanentes de arbitraje en determinados tratados que está efectuando la Unión Europea, serán analizados posteriormente.

4. El arbitraje como equivalente constitucional

El Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de abordar un diferente tipo de arbitrajes –que no dejan de ser arbitrajes genuinos– como son aquellos arbitrajes sectoriales (seguro, transportes, consumo...). Y también el encaje constitucional de los denominados arbitrajes laborales que no se rigen por la Ley de Arbitraje y, anticipamos, no son arbitrajes en sentido propio. Por ello, hay que analizar con cuidado todo este material jurisprudencial producido por el Tribunal Constitucional.

Y otra razón de importancia para abordar este amplio, y quizás pesado fardo jurisprudencial, lo constituye el que cuando se aborda el papel arbitral de la Administración, aparecen a su vez, ideas no siempre coincidentes, que parten en ocasiones de negar por completo la naturaleza arbitral a este tipo de solución de disputas en que la Administración hace de “Pretor Peregrino” y aquellas otras en que por el contrario, sí se entiende que lo que realiza aquí la Administración es un genuino, aunque especial, tipo de arbitraje.

Existe un elemento común, ligado al final al art. 24 CE, en que se acude a un instituto dotado de fuerza de cosa juzgada y que no pertenece al aparato judicial. El elemento que constituye un común denominador, aunque sea mínimo, es, resueltamente,

el de constituirse el arbitraje en ese “equivalente jurisdiccional”, producto de la jurisprudencia constitucional.

No hay dignidad de la persona como fundamento, desde luego, en el arbitraje de inversiones y es dudoso que pueda proyectarse en el caso de arbitraje entre personas jurídicas por mucho que se asimilen a las personas físicas por obra artificial de la legislación. Y desde luego, en lo que hace a la Administración, no tiene sentido plantearse siquiera si la dignidad es fundamento de su actuación. A la Administración se le reconoce, por derivación, ciertas aperturas a la utilización de derechos fundamentales que inevitablemente se localizan en su posición procesal. Nada menos, pero tampoco nada más. Todo ello justifica el amplio examen de esta dilatada jurisprudencia constitucional, para lo cual hemos comprobado que grandes figuras del arbitraje han realizado estos estudios sistemáticos de jurisprudencia para extraer notables conclusiones sobre lo que significa el Arbitraje para los Jueces⁶⁹.

Directamente referido al arbitraje ya en sentido institucional clásico, y planteando si, incluso colateralmente puede confiarse a una Comunidad Autónoma su regulación, se pronuncia la Sentencia 62/1991, de 22 de marzo⁷⁰ recurso de inconstitucionalidad acumulado con conflicto de competencia.

La Junta de Galicia, a través de su Letrado indica que el arbitraje al que se refiere el precepto (Estatuto Gallego del Consumidor y Usuario) no constituye en puridad lo que se entiende como funciones arbitrales de naturaleza jurídico-procesal. Se trata de una función arbitral de la Administración equidistante de su potestad ordenadora y de la esfera estrictamente privada, que se integra en la competencia reconocida por el 27.5º E.A. Galicia.

La importancia capital de esta Sentencia, además de corroborar la competencia del Estado en materia de arbitraje siguiendo a la STC 15/1989, es la de afirmar que se trata de un “equivalente jurisdiccional”. Por más que cite a la STC 15/1989, en ésta no se acogía una locución semejante y eso que es, junto a la STC 174/1995, la más citada en lo que se refiere al equivalente jurisdiccional. Posiblemente porque el contenido de esta Sentencia se ha malinterpretado en tal sentido.

A juicio del Tribunal:

“no cabe duda que el establecimiento de un sistema de arbitraje, como dijimos en la STC 15/1989, fundamento jurídico 9.º b), es materia atribuida a la competencia del Estado por los títulos competenciales del art. 149.1, 5 y 6, pues, siendo el arbitraje un «equivalente jurisdiccional», mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil (esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada), es evidente que la creación de órganos de naturaleza arbitral y el establecimiento de dicho procedimiento

⁶⁹ En el magnífico blog de mi maestro, el profesor Dr. José Carlos Fernández Rozas, verdadero cuaderno de bitácora del arbitraje en nuestro país, puede encontrarse la entrada 4 mayo, 2018 “Stampa Abogados divulga su estudio sobre la jurisprudencia de anulación de laudos arbitrales en España desde el cambio de competencia a los TSJ en 2011”. Consultado en línea el 5 de mayo de 2018. Muestra un excelente resumen realizado por el G. Stampa sobre la posición de los tribunales en relación con el arbitraje, con una metodología estadística que remite a un examen completo de esta colección de Sentencias.

⁷⁰ BOE 24.4.1991.

heterocompositivo es materia propia de la legislación procesal civil, relacionada, en cuanto a los efectos del laudo arbitral y al sistema de recursos, con la Administración de Justicia, tal y como lo confirma la supletoriedad que respecto del art. 31 de la Ley 26/1984 establece la disposición adicional primera de la Ley estatal 36/1988, de 5 de diciembre, de arbitraje, por lo que, tanto el segundo párrafo del art. 31 de la Ley gallega como el art. 6 del Decreto 37/1985 invaden la competencia estatal”.⁷¹

Esta Sentencia resuelve la naturaleza de equivalente jurisdiccional, con la orientación que permite contar previamente con Sentencias anteriores en las que con toda evidencia el arbitraje realizado por una Administración Pública sí es arbitraje en sentido propio, su laudo produce efectos de cosa juzgada, y como equivalente jurisdiccional cumple plenamente y a toda satisfacción con las exigencias propias del instituto arbitral. Al ser competencia de naturaleza procesal, es evidente que la creación de órganos de naturaleza arbitral y el establecimiento de dicho procedimiento heterocompositivo es materia propia de la legislación procesal civil, relacionada, en cuanto a los efectos del laudo arbitral y al sistema de recursos con la Administración de Justicia, tal y como lo confirma la supletoriedad que respecto del art. 31 de la Ley 26/1984 establece la disposición adicional primera de la Ley estatal 36/1988, de 5 de diciembre, de arbitraje, por lo que, tanto el segundo párrafo del art. 31 de la Ley gallega como el art. 6 del Decreto 37/1985 invaden la competencia estatal exclusiva del Estado, precisamente por los títulos competenciales del art. 149.1, 5 y 6 CE.

Incluso, pues, creándolo un Decreto y confiando a órganos administrativos su solución, la puesta en marcha de mecanismos extrajudiciales para solventar cuestiones y controversias, acaba siendo puramente procesal para el Tribunal Constitucional, y con ello, nos encontramos ante un caso claro de arbitraje genuino y propio. El que se realice mediante un Decreto, esto es un reglamento que es una norma administrativa, no impide en absoluto que se considere materia procesal.

Esta equivalencia jurisdiccional no conlleva que se extienda al arbitraje las estrictas normas procesales propias de la jurisdicción ordinaria. Así, el Auto 179/1991, de 17 de junio nos indica que la posible indefensión sufrida por la demandante en el procedimiento arbitral no puede ser objeto de amparo dado que tiene sus propios remedios (acción de anulación) y solo los actos emanados de los poderes públicos son susceptibles de amparo. Por lo que será, en su caso, la indefensión que se produzca en la Sentencia sobre la acción de anulación la que será susceptible de recurso de amparo:

“Esto así, no corresponde a esta jurisdicción dirimir si a la recurrente en amparo se le causó indefensión en el proceso arbitral, pues las garantías que consagra el art. 24 de la CE se refieren a la

⁷¹ J.F. Merino Merchán, “El ‘Equivalente Jurisdiccional’ y la declaración de inconstitucionalidad del Arbitraje previsto en el Art. 38.2., párrafo 1º, de la Ley 16/1987, de Ordenación de los Transportes Terrestres (Sentencia del Tribunal Constitucional, nº 174/1995, de 23 de noviembre)”, *RCEA*, 1995, p. 23. En principio se separa de esta tesis en este trabajo, no obstante, lo cual, posteriormente la acepta en Chillón Medina y Merino Merchán, “Valoración crítica de la nueva Ley de Arbitraje”, *Diario La Ley*, nº 5945, 2004, Crítico con esta última derivación, A.M. Lorca Navarrete, “Acerca de la justificación del arbitraje”, *Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada. Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal (I Internacional)* A Coruña, 2 y 3 de junio de 2011, Agustín Jesús Pérez-Cruz Martín (dir.), Xulio Ferreiro Baamonde (dir.). A Coruña Universidade, 2012, p. 91–130.

actividad prestacional de los órganos jurisdiccionales del Estado, sino comprobar si el órgano judicial al verificar las formalidades y requisitos legales del arbitraje ha vulnerado el derecho de la solicitante de amparo a la tutela judicial efectiva, al desestimar el recurso de anulación mediante una resolución judicial que pudiera ser arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable, pues no podría considerarse aquella fundada en Derecho y sería lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva según tiene declarado este Tribunal (SSTC 23/1987, fundamento jurídico 3.º y 24/1990, fundamento jurídico 7º).

Al final, pese a la aceptación más o menos común, entendemos que se dan vueltas y circunloquios para evitar la aplicación de las técnicas más comunes del Derecho procesal, como las probatorias, que en su caso permitirían ir abundando en la posibilidad de acudir a una defensa que, de forma inevitable, acabe concluyendo con la incorporación de todas las exigencias habituales para lograr que sea tomada en cuenta la posibilidad final de acudir al amparo. Ciertamente que la prueba y demás elementos que se incorporen a un procedimiento arbitral, tienen sus propias reglas y dinámicas, no coincidentes estrictamente con las propias del Derecho procesal y su aplicación al juicio. Pero siendo esto así, si sumamos la exigencia de reconocimiento de posibilidades anulatorias ligadas a la vulneración de los principios generalmente reconocidos, cabría plantearse siquiera si no es discutible que se cierre de manera tan drástica todas estas técnicas que, al fin y al cabo, se centran sobre un “equivalente jurisdiccional”. Y para “equivaler” parece lógico realizar razonamientos de índole analógica, naturalmente apegados a las circunstancias del caso tal como resulta de la técnica arbitral. En definitiva, quizás podamos concluir sugiriendo que el tema no puede estar totalmente cerrado.

El Auto 116/1992, de 4 de mayo plantea y resuelve, correctamente, la relación entre arbitraje y Constitución a propósito de un supuesto de confrontación pretendida nada menos que con el propio art. 17 de la Carta Magna, la libertad personal. Y lo resuelve en los siguientes términos que tiene utilidad rememorar:

“2. Así las cosas, no puede sostenerse que sea contrario al art. 24.1 CE el hecho de que la Audiencia haya denegado la pretensión de anular el arbitraje por haberse dictado en virtud de un convenio arbitral nulo. Semejante pretensión se fundamentaba en el argumento de que el convenio arbitral se había concluido cuando aún estaba en vigor la Ley de Arbitraje de 1953, que posibilitaba recurrir en casación contra los Laudos arbitrales.⁷² Consideraba la entidad recurrente que la alteración del régimen jurídico del arbitraje acaecida tras la entrada en vigor de la Ley de 1988 –que suprime el recurso de casación y que se aplica a los arbitrajes no iniciados cuyo convenio se hubiese celebrado antes de la entrada en vigor de la nueva Ley (Disposición transitoria)– supone necesariamente la nulidad de los convenios que, pactados al amparo de la Ley de 1953, sólo tenían a la vista –asumiéndolos– el régimen jurídico y el sistema de recursos establecidos en la normativa derogada.

Ciertamente, la modificación legislativa de los recursos existentes en un momento dado y la extensión de las reformas a situaciones jurídicas precedentes mediante fórmulas de derecho transitorio es algo constitucionalmente lícito. La duda aparece, sin embargo, cuando se trata de reformas que afectan a instituciones en las que, como sucede con el arbitraje, el régimen de los recursos existentes

⁷² F. de Castro y Bravo calificaba de “desgraciado” este recurso de la ley de 1953. *Vid.* F. de Castro y Bravo. “El Arbitraje y la Nueva “Ley Mercatoria””, *Anuario de Derecho Civil*, 1979, fasc. IV. pp. 619 ss. Sobre esta Ley, *vid.* el libro clásico de J. Guasp Delgado, *El arbitraje en el Derecho español (su nueva regulación, conforme a la ley de 22 de diciembre de 1953)*, Barcelona, Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 1956

en el momento de su conformación puede ser tenido por elemento determinante del concurso de voluntades que dan vida al convenio fundaméntador de la eventual solución arbitral de una controversia. Es evidente, en este sentido, que quien suscribe un convenio de arbitraje en la seguridad de que el Laudo puede ser judicialmente revisado en cuanto al fondo, puede desistir de remedios arbitrales si desaparece tal posibilidad de revisión. Ello, no obstante, no es menos cierto que tras la entrada en vigor de la Ley 36/1988, y antes de poner en funcionamiento el mecanismo arbitral establecido en el convenio, la entidad recurrente pudo perfectamente tratar de denunciar el citado convenio, cosa que no hizo. También lo es que, de considerar nulo el convenio por las razones antedichas, la nulidad debió ponerse de manifiesto «en el momento de presentar las partes sus alegaciones iniciales» ante el Arbitro (art. 23 de la Ley de 1988), lo que tampoco verificó la recurrente.”

[...]

4. Del mismo modo, tampoco atenta contra el derecho a la tutela judicial efectiva la negativa de la Audiencia Provincial a considerar conculcado el orden público por el hecho de que el Laudo impugnado hubiera vulnerado el art. 17.1º CE, al obligar a la recurrente a otorgar una escritura pública y el art. 24 por imponerle la obligación de desistir de ciertos recursos administrativos. En este punto la Audiencia Provincial se ha limitado a constatar que ambas cuestiones debían ser resueltas por el Arbitro dirimente al haber sido incluidas entre las materias sometidas al arbitraje; inclusión, por lo demás, perfectamente viable en tanto que respetuosa con las exclusiones contenidas en el art. 2 de la Ley 36/1988. Sólo cabe decir que tanto el desistimiento sobre materias disponibles, como la obligación de otorgar una estructura pública referida a materia de libre disposición no contrarían –respectivamente– ni el art. 24.1º ni el art. 17.1 CE. A aquél, porque –siendo susceptible de arbitraje– el desistimiento es una forma de terminación de procedimientos perfectamente compatible con el art. 24.1; a éste, porque –como bien señala el Ministerio Fiscal– el derecho establecido en el art. 17.1 CE no se refiere a la libertad negocial o autonomía de la voluntad, sino estrictamente a la libertad de la persona”.

Una aproximación correcta a lo que el arbitraje significa en términos procesales y constitucionales, se encuentra en el Auto del Tribunal Constitucional 41/1993, de 29 de enero de 1993 Sección Cuarta. Se insiste en la distinción entre jurisdicción constitucional y ordinaria, y en un punto de interés sobre lo que es un árbitro propuesto, por una parte, del que rotundamente se indica que no es un representante de la parte, no tiene una relación de mandato de ningún signo:

“En el presente caso, la normativa aplicada por la Audiencia Provincial al asunto debatido fue la contenida en la Ley de Arbitraje de 1953. En la medida en que la Audiencia ha explicado fundadamente cuáles han sido las razones que le han llevado a preferir la aplicación de esa normativa frente a la contenida en la nueva Ley de 1988, es evidente que no puede apreciarse infracción alguna del art. 24.1 CE, pues el criterio interpretativo defendido por la Audiencia Provincial es razonable y no arbitrario, de suerte que lo que ahora plantean los demandantes de amparo no es sino su personal discrepancia respecto de la solución adoptada por dicho Tribunal, esto es, en definitiva, un simple problema de selección de la norma aplicable al caso, carente de toda relevancia constitucional.

3. Tampoco puede admitirse que con la solución acordada por la Audiencia haya padecido el derecho de los demandantes al Juez ordinario predeterminado por la Ley, toda vez que fueron los propios recurrentes quienes, con entera libertad, decidieron en su día someter sus eventuales disputas con la contraparte al criterio dirimente de un órgano arbitral, excluyendo, así, la posibilidad de una resolución judicial de sus posibles controversias. El hecho de que posteriormente ese inicial compromiso haya dado lugar a un laudo con cuyo procedimiento de generación no están conformes los demandantes no afecta en absoluto a su derecho a la jurisdicción, ya que su renuncia al Juez ordinario se produjo ya en el momento de concluir el compromiso de arbitraje y sólo quedaría sin efecto en el supuesto de que se hubiera procedido a una utilización incorrecta del procedimiento arbitral estipulado, lo que –habida cuenta de la corrección constitucional del proceder de la Audiencia Provincial a la hora de verificar la juridicidad del procedimiento seguido por los árbitros dirimientes– no es, desde luego, el caso. Todo ello con independencia de que, como señala el Ministerio Fiscal, los

demandantes han podido someter a enjuiciamiento judicial –ex art. 45 de la Ley de 1988– el conjunto del procedimiento de arbitraje.

Por último, carece asimismo de todo fundamento la queja relativa a la desigualdad procesal que, según la demanda, habría caracterizado al arbitraje como consecuencia de la renuncia del árbitro propuesto por los ahora demandantes de amparo. Olvidan los actores que la función del árbitro no puede confundirse con la que es propia de un negociador; su cometido es el de dirimir los conflictos surgidos entre las partes, y dirimirlos, además, bien con arreglo a Derecho, bien en equidad, según los casos. Por ello, y dado que el árbitro no es un representante de quien le ha designado ni tiene como función la de defender los intereses de éste a través de la negociación con los demás árbitros, no puede admitirse la denuncia de los demandantes en este punto. La obligada paridad procesal de las partes no se ve en absoluto descompensada por la circunstancia de que uno de los árbitros se haya abstenido de pronunciarse sobre la cuestión debatida, pues los árbitros no defienden los intereses de cada parte, sino que, designados por éstas, sólo buscan la solución que –en Derecho o en equidad– mejor proceda al asunto litigioso, todo ello, claro está, desde la obligada imparcialidad que de todo sujeto dirimente ha de predicarse y con la que entraría inevitablemente en pugna la concepción que del arbitraje se defiende en la demanda como una institución más próxima a la negociación de intereses encontrados que a la solución dirimente de conflictos”.

La propia historia y naturaleza del arbitraje, se cuenta, con la brevedad que requiere el caso, en un interesante Auto de inadmisión, y el rechazo, “hasta el cansancio” según reza el propio Tribunal Constitucional, de que un árbitro no es un juez. Veamos pues el contenido de Sección Primera. Auto 259/1993 de 20 de julio.

Merece la pena seguir lo que nos indica:

“1. El objeto procesal en el caso que ahora nos ocupa es doble. Por una parte, se impugna directamente una Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid recaída en un recurso de nulidad contra un laudo arbitral, que –por otra parte– se incluye también sesgadamente en la impugnación, cuyo fundamento común es el art. 24 CE en varios de sus aspectos. Así planteada la constelación de cuestiones contenida en la demanda de amparo, resulta obligado averiguar qué sea el arbitraje desde la perspectiva constitucional. En tal sentido, los «Jueces avenidores», escogidos o puestos por las partes para librar la contienda que es entre ellas, según Las Partidas, o los «Jueces árbitros» cuya existencia garantizaba la Constitución de 1812 (art. 280), no pueden ser calificados como Jueces en la acepción que a tal figura se adscribe en nuestra Ley suprema y en las demás del ramo. La semejanza de laudo y Sentencia, obra de cada uno de ellos, es tan sólo material. Uno y otra –se ha dicho– son decisiones reflexivas de jurisprudencia o iurisprudencias sobre un conflicto de intereses, cuya vocación es la justicia, conseguir una respuesta justa y cuya función consiste en garantizar la paz social a través de una solución para eso que hemos dado en llamar la seguridad jurídica. En ambas se utiliza el Derecho, ese ars o esa técnica, como medio para alcanzar la finalidad y cumplir la misión antedicha, ambas consagradas constitucionalmente (arts. 1 y 9 CE).

Sin embargo, las diferencias son también nítidas. Desde la perspectiva del objeto, el arbitraje sólo llega hasta donde alcanza la libertad, que es su fundamento y motor. Por ello, quedan extramuros de su ámbito aquellas cuestiones sobre las cuales los interesados carezcan de poder de disposición, según cuida de indicar el art. 1 de la Ley vigente. Además, el elemento subjetivo, conectado con el objetivo, pone el énfasis en la diferente configuración del «Juez», titular de la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado que emana del pueblo (art. 117 CE), revestido, por tanto, de imperium, y del «árbitro, desprovisto de tal carisma o cualidad, cuyo mandato tiene su origen en la voluntad de los interesados, dentro de una concreta contienda o controversia. En definitiva, es un particular que ejerce una función pública, como en otros sectores pueden mencionarse ejemplos de libro (el notario, el capitán de buque mercante, el párroco) y muchos otros que la jurisprudencia ha ido añadiendo a ese primer repertorio (agentes de aduanas, guardas jurados, habilitados de clases pasivas, etc.). La función que ejerce el árbitro es parajurisdiccional o cuasijurisdiccional y en ese «caso» está el quid de la cuestión. Efectivamente, la inexistencia de jurisdicción en sentido propio se traduce en la carencia de potestas o poder. El árbitro, que no nos puede plantear una cuestión de inconstitucionalidad

por estar reservada a los órganos judiciales (art. 163 CE), ni tampoco está legitimado para formular cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, por no ser órgano jurisdiccional (art. 177 del Tratado; Sentencia de 23 de marzo de 1982, caso *Nordsee*), necesita además del brazo secular del Juez para dotar de eficacia al laudo mediante la adición o estrambote de una decisión judicial que ordene su cumplimiento, en una fase netamente procesal, en un proceso de ejecución, porque sólo a los Jueces corresponde hacer ejecutar lo juzgado (Autos TS, Sala Tercera, 18 de noviembre de 1986 y 2 de marzo de 1987).”

[...]

Sobre ambas operaciones hemos dicho ya, hasta el cansancio, que forman parte de la potestad privativa de juzgar y ejecutar lo juzgado encomendada a los Jueces y Tribunales (art. 117 CE), doctrina que hemos recordado recientemente con ocasión precisamente de otro arbitraje de equidad, en la que estaba en entredicho el mismo problema (ATC 41/1993). Sin prejuzgar cuál sea la solución exacta, basta en este momento saber que pertenece al ámbito de la legalidad y no al de la constitucionalidad, siendo cualquiera de las dos alternativas igualmente razonable, por lo que resultan indiferentes a nuestro propósito.”

Por otro lado, respecto a esa “equivalencia jurisdiccional”, el Auto 326/1993, de 28 de octubre porque se pronuncia (y rechaza) sobre la legitimación de un árbitro para recurrir la decisión judicial que altera el laudo que confeccionado por él.

“IV. Fundamentos jurídicos. 1. [...] no pueden confundirse los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos que se encontraban en conflicto por razón de un contrato de obra, y que habían sometido sus diferencias a la decisión arbitral, con el interés del árbitro designado por ellos. No cabe ignorar que el árbitro designado por los particulares aspira lícitamente a que su labor sea reconocida: a que el laudo dictado por él sea declarado válido, y que despliegue sus naturales efectos. Pero la posición que un árbitro ocupa en nuestro Derecho no es equiparable a la de un ciudadano particular, como era el caso del profesional que dio lugar a la STC 97/1991. A tenor de la Ley de Arbitraje de 1988, el árbitro que zanja una controversia mediante un laudo de Derecho actúa en ejercicio de una potestad de *iuris dictio*, pues el arbitraje es un «equivalente jurisdiccional», mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto es, una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada (SSTC 62/1991, fundamento jurídico 5.º, y 288/1993, fundamento jurídico 3.º). Su declaración de los derechos y obligaciones recíprocas de las partes de la controversia se encuentra revestida de *auctoritas*, por imperativo de la Ley; y sólo carece del *imperium* necesario para ejecutar forzosamente su decisión, que la Ley vigente reserva a los Tribunales civiles”.

En efecto, el árbitro como tal no puede personarse y actuar como una parte más en los procesos que puedan desencadenarse con ocasión de su laudo. Es a los titulares de los derechos e intereses legítimos que se encuentran en litigio a quienes corresponde su defensa en los correspondientes cauces procesales, incluido en su caso el recurso de amparo en sede constitucional, si se viera afectado alguno de sus derechos fundamentales susceptibles de protección ex art. 53.2º CE”. Curiosamente el recurrente era don Eugenio Gay Montalvo, a la sazón Decano del Ilmo. Colegio de Abogados de Barcelona y luego, años después, Magistrado entre 2001 y 2012 y alcanzó la Vicepresidencia de dicho Alto Tribunal.

Una resolución curiosa –no por el contenido sino por los motivos planteados de fondo–, la constituye la Sentencia 288/1993, de 4 de octubre⁷³ sobre anulación de laudo arbitral. En la que se pone de manifiesto el desconocimiento sobre el arbitraje

⁷³ BOE 9.11.1993.

que imperaba en la judicatura porque la Audiencia Provincial anulaba un laudo a pesar de que la acción de anulación se había planteado tras el transcurso del plazo procesal para interponerla (cuestión de mera legalidad que, aun así, alcanza en este supuesto relevancia constitucional).

“Es cierto que, con carácter general, la apreciación de la caducidad procesal es una cuestión de mera legalidad que, en cuanto tal, corresponde resolver a los órganos judiciales (entre otras, STC 115/1990), pero también lo es que la respuesta que se obtenga ha de ser, por exigencia del art. 24 de la CE, razonada, motivada y estar fundada en Derecho, y desde este punto de vista hay que concluir que ni en la Ley 36/1988 ni en el art. 240 de la LOPJ existe base legal alguna para entender que el plazo del recurso no rige cuando se trata de una “nulidad total” y que esta pretensión carece de plazo para su ejercicio, por lo que la decisión judicial admitiendo el recurso carece de toda fundamentación jurídica, así como hay que considerar contradictorio y carente de racionalidad el otorgar efectos anulatorios a una acción que se declara expresamente caducada por extemporánea.

En definitiva, se está ante una decisión judicial que admite un recurso extemporáneo y modifica un laudo arbitral que había adquirido firmeza mediante una interpretación de las causas y plazos de interposición del recurso de anulación que vulnera el art. 24 de la CE, por lo que no queda sino declarar su nulidad, así como la firmeza y efectos de cosa juzgada del laudo arbitral origen de este recurso”

En efecto, *inter alia*, al ser el arbitraje un equivalente jurisdiccional, los mismos efectos (cosa juzgada) que se producen respecto a la firmeza de las resoluciones judiciales deben extenderse *pari passu* al laudo.

El Auto 231/1994, del TC, de 18 de julio inadmite el amparo solicitado por el Colegio de Médicos de la Comunidad Autónoma de Madrid. En este Auto se dan cita los cambios y giros fundamentales entre la vieja concepción del arbitraje de la ley de 1953 y el moderno fundamento arbitral, inclusive con la LA 1988.

Veamos con detalle el tema, que *res ipsa loquitur* permite seguir perfectamente el razonamiento y conclusiones del Tribunal Constitucional. Se hace aquí una aplicación clara de la diferencia entre arbitraje y jurisdicción. Se añade, y es notable, lo que significa la buena fe rituarial en el ámbito del juicio arbitral, especialmente ligado a lo que en Derecho inglés suele conocerse como teoría del *Estoppel*; esto es, no aprovecharse de su propio mal hacer. Y en concreto, se estima contrario a la buena fe por este concepto, la táctica de reservarse todas las posibles quejas y reclamaciones para el momento de la impugnación judicial y no hacerlo ante los propios árbitros.

El Juez reconoce inclusive que pueden existir defectos en el juicio arbitral que sin embargo van a incorporarse a un laudo que tendrá efectos de cosa juzgada, pero con toda claridad indica que ello es consecuencia de haber aceptado el convenio como fuente de solución, renunciando a la jurisdicción ordinaria. Es decir, se rechaza reservarse toda acción para el momento estratégico ulterior de acudir ante el Juez no dando a los árbitros la oportunidad de examinar los posibles defectos. Y así se consagra con sabiduría el ámbito propio del arbitraje, distinto del jurisdiccional.

Por otro lado, y reiterando su consabida y bien acreditada posición de que el derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho fundamental de naturaleza prestacional, esto es, que se realizará de conformidad con las prestaciones que la ley quiera establecer y no como un derecho de libertad *ad infinitum* en que todo sea revisable

permanentemente según entienda la parte recurrente, el Tribunal Constitucional, reitera que la supresión del recurso de casación que inicialmente contenía la Ley de 1953, no supone la más mínima merma del derecho a la defensa. Es una opción del legislador modificar el sistema de recursos.

Todo ello nos da idea de que, cuando examinemos los arbitrajes que administrará la Administración Pública, resulta que de una u otra forma, existirán, en ocasiones, ciertas peculiaridades inevitables (por ejemplo tener en cuenta el interés general además del peculiar establecido en el posible convenio o acuerdo; o que los árbitros sean funcionarios de diferente categoría profesional; o que sean designados directamente por el órgano administrativo; o que la aceptación del laudo provenga de una previa condición administrativa... y así sucesivamente). Y tales peculiaridades no serán obstáculos para que se califique con toda exactitud de arbitraje y se aplique, actualmente, la Ley 60/2003 y el resultado de la decisión no sea revisable por los mecanismos de recurso habitual, cabiendo como máximo la acción de nulidad como en cualquier otro arbitraje. Pero, insistamos, con cierta libertad del legislador para que especialidades como las indicadas sean posibles.

Dice así:

“En definitiva, la Audiencia Provincial ha entendido, de manera que no puede ser tildada de arbitraria o absurda, que las denuncias relativas a la designación de los peritos podían y debían plantearse durante la sustanciación del arbitraje y que, al no haber actuado así, se había cegado toda posibilidad de revisión judicial en ese punto. Por tanto, la resolución judicial ahora impugnada no ha incurrido en infracción alguna del art. 24 CE.

3. La demanda de amparo carece igualmente de contenido en el punto en el que se discute la constitucionalidad –desde la perspectiva del art. 24 CE– de las previsiones legislativas que, a diferencia de lo que sucedía en la regulación anterior, impiden la revisión judicial del fondo el Laudo resultante del procedimiento de arbitraje.

Entiende el demandante de amparo que la Ley 36/1988 debería incluir entre las causas de anulación de un Laudo la consistente en la infracción de las normas del ordenamiento o de la jurisprudencia que fueran aplicables a las cuestiones objeto de arbitraje. Se aboga, en suma, por el viejo recurso de casación de la Ley de 1953, suprimido por obra de la Disposición Derogatoria Segunda de la vigente Ley de Arbitraje.

Dos son las consideraciones que merece lo anterior. De un lado, que la desaparición del recurso de casación contra Laudos arbitrales no pugna, en sí misma, con ninguno de los derechos reconocidos en el art. 24 CE, pues es doctrina reiterada que ningún precepto constitucional fundamenta el derecho de los justiciables a la inmodificabilidad del sistema de ordenación de los recursos legalmente establecidos (ATC 116/1992 y STC 374/1993). De otro, que la Ley 36/1988 no deja de asegurar en todo caso la fiscalización judicial de los Laudos arbitrales, llamados –en virtud de su art. 37– a producir efectos idénticos a la cosa juzgada. Así, en el art. 45 se contemplan las causas de anulación judicial de un Laudo, las cuales, en atención a la naturaleza propia del instituto del arbitraje, necesariamente deben limitarse a los supuestos de contravención grave del propio contrato de arbitraje (aps. 1 a 4 del art. 45) o de las garantías esenciales de procedimiento que a todos asegura el art. 24 CE (art. 45.5), sin extenderse a los supuestos de infracción del Derecho material aplicable al caso. y ello porque, de lo contrario, la finalidad última del arbitraje, que no es otra que la de alcanzar la pronta solución extrajudicial de un conflicto, se vería inevitablemente desnaturalizada ante la eventualidad de que la decisión arbitral pudiera ser objeto de revisión en cuanto al fondo. Ciertamente, con el actual sistema de fiscalización judicial, es posible la atribución de efectos idénticos a la cosa juzgada a Laudos dictados en arbitraje de Derecho que, sin embargo, adolezcan de incorrecciones materiales. Con todo, ha de oponerse a lo anterior que queda garantizada, en todo caso, la corrección del Laudo desde la perspectiva del Derecho constitucional sustantivo, habida

cuenta de que es posible, por vía de la causa de anulación ex art. 45.5º de la Ley 36/1988, conceptuar incorrecciones de esa naturaleza como contrarias al orden público (ATC 116/1992, fundamento jurídico 3.).”.

5. Prohibición constitucional de arbitrajes obligatorios

A) Criterios establecidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Aun reconociendo a los Estados el poder de imponer limitaciones al derecho de acceso a la justicia y un cierto margen de discreción para legislar al respecto, el TEDH exige que dichas limitaciones respondan a un objetivo legítimo y sean razonablemente proporcionales para lograr dicho objetivo. En este sentido:

i) La decisión de la Comisión en el caso *Axelsson*, relacionado con un arbitraje entre varios taxistas de Malmö con la asociación de taxis local, consideró que el arbitraje era el resultado de la libertad de las partes para regular sus relaciones, que perseguía el interés legítimo de promover las soluciones extrajudiciales y aliviar la carga de los tribunales, no existiendo otras cuestiones de interés público por las que dicho arbitraje fuera inapropiado o irrazonable. Así, las limitaciones derivadas del arbitraje voluntario no supondrían una infracción del art. 6.1º del Convenio.

ii) En el caso *Lithgow*, la evitación de múltiples reclamaciones y procedimientos por motivo de la nacionalización de la industria aeroespacial británica fue considerada un objetivo legítimo por el Tribunal. La proporcionalidad venía asegurada por las garantías propias del procedimiento arbitral establecido por el legislador británico.

iii) Según el Tribunal en el caso *Klausecker* en relación con la Oficina Europea de Patentes, el reconocimiento de inmunidad para asegurar el funcionamiento correcto de una organización internacional también es un objetivo legítimo. En ese supuesto, la proporcionalidad exige que el Estado asegure medios alternativos razonables para proteger efectivamente los derechos de la Convención y que la protección de la organización internacional no sea manifiestamente deficiente. Los casos *Eiffage* y *Klausecker* parecen indicar que las disposiciones en los acuerdos internacionales de sede para imponer arbitrajes con las garantías tradicionales pueden ser suficientes para cumplir con dicha proporcionalidad.

iv) Según el Tribunal en el caso *Mutu y Pechstein*, el interés en resolver las controversias del deporte profesional mediante una decisión rápida y económica, en competiciones organizadas en múltiples países y con deportistas de todo el mundo, justifica la jurisdicción especializada del Tribunal Arbitral del Deporte (“CAS”). Dicha jurisdicción especializada única facilita la uniformidad procesal y refuerza la seguridad jurídica, con un recurso limitado en los tribunales de un único país.

B) Criterios establecidos en la Unión Europea

La jurisprudencia reiterada del Tribunal y las decisiones de la Comisión exigen que cualquier renuncia a acceder a los tribunales, incluida la aceptación de una cláusula de arbitraje, debe ser libre, lícita e inequívoca:

i) La Comisión, en el caso *X c. Alemania*, y el Tribunal, en el caso *Deweert*, sugirieron que la renuncia al derecho acceso a la justicia por la aceptación mediante coacción de una cláusula de arbitraje supondría una violación del art. 6.1º del Convenio. Así, lo confirmaron tanto la Comisión, en el caso *Bramelid y Malmström*, como el Tribunal, en los casos *Suda*, *Chadzitaskos y Franta y Mutu y Pechstein*. La coacción puede resultar de la mera imposición del arbitraje por ley, como la legislación sueca de sociedades que en el caso *Bramelid y Malmström* imponía el arbitraje para resolver las controversias entre los socios minoritarios de una filial y el socio mayoritario que pretendía adquirir sus participaciones, o la legislación británica para la nacionalización de la industria aeroespacial en el caso *Lithgow*. Sin embargo, la coacción puede resultar también del conjunto de circunstancias particulares del caso. Así, en el caso *Deweert*, la coacción no existía por el mero ofrecimiento de aceptación de una multa sino de la alternativa de un procedimiento penal y un cierre de local prolongados si no se pagaba la multa en un plazo de ocho días. La coacción en el caso *Suda* operaba también de forma indirecta al permitir la legislación checa de sociedades que el accionista mayoritario adquiriese los activos de una sociedad mediante una disolución de la misma y un contrato que imponía un arbitraje privado aprobado con su mayoría de votos, excluyendo así de hecho a los accionistas minoritarios del acceso a los tribunales jurisdiccionales. En el caso *Pechstein*, la coacción provenía de la imposibilidad de la práctica profesional del patinaje si no se aceptaba la cláusula arbitral de la Unión de Patinaje Internacional. Estos casos de arbitraje obligatorio suponen una infracción del Convenio no por la mera existencia de dicha coacción, que puede derivar de una relación privada, sino porque el Estado permite dicha coacción o no ofrece un remedio para la misma.

ii) La ausencia de contrariedad con un interés público o licitud y el carácter inequívoco de la renuncia fueron exigidos por la Comisión en los casos *Axelsson y Suovaniemi*. Respecto al carácter inequívoco en este último caso, la Comisión parece intentar asegurarse de que la renuncia se realiza con la suficiente información. Así, hace referencia al caso *Pfeifer y Prankl c. Austria* en 1992, respecto a una renuncia efectuada sin la asistencia de abogado en una vista en la que se discutían cuestiones jurídicas. En el caso *Suovaniemi*, los recurrentes habían recusado un árbitro en el procedimiento arbitral pero habían retirado posteriormente dicha recusación, estando asistidos en todo el procedimiento por sus abogados. Por tanto, la Comisión entendió que los recurrentes eran conscientes de que habían renunciado a impugnar el laudo por la misma causa de imparcialidad ya alegada y tolerada. La exigencia de renuncia libre,

lícita e inequívoca es reiterada por el Tribunal en los casos *Transado*, *Eiffage*, *Suda*, *Tabbane* y *Mutu y Pechstein*.

iii) En el caso *Suovaniemi*, la Comisión también interpreta que, aunque la renuncia por sumisión a arbitraje puede suponer una renuncia obvia a algunos derechos como el acceso a la justicia o la audiencia pública, la renuncia no significa necesariamente la renuncia a todos los derechos del art. 6.1º. Ya en el caso *H. c. Bélgica* en 1987 el Tribunal había aclarado que la sumisión a un procedimiento disciplinario ante el consejo de un colegio de abogados podía suponer una renuncia a la audiencia pública pero no a que el procedimiento no sea totalmente arbitrario. En el mismo sentido, en el caso *Mutu y Pechstein*, el Tribunal consideró que, a pesar de haberse sometido voluntariamente a un arbitraje del CAS, el futbolista Mutu no había renunciado a la independencia e imparcialidad del tribunal arbitral ya que había efectuado incluso una recusación durante el procedimiento arbitral. Sin embargo, en este supuesto, el Tribunal parece tomar por una renuncia equívoca, que implicaría la aplicación de todas las garantías del art. 6.1º, lo que parece ser únicamente una renuncia parcial, que implicaría únicamente la aplicación de las garantías no renunciadas.

La principal consecuencia de un arbitraje obligatorio, ya sea por imposición por la ley como por la ausencia de una renuncia libre, lícita e inequívoca, es que dicho procedimiento arbitral deberá cumplir con todas las garantías del art. 6.1º del Convenio. Así lo declara expresamente la Comisión en el caso *Bramelid y Malmström* y el Tribunal en los casos *Suda*, *Chadzitaskos* y *Franta y Mutu y Pechstein*. En los casos *Lithgow* y *Regent Company*, aunque no hace referencia expresa a la existencia de un arbitraje obligatorio, el Tribunal manifiestamente asume que es un arbitraje impuesto por la ley y examina la concurrencia de las garantías del art. 6.1º. Aunque el arbitraje en el caso *Transado* es un arbitraje impuesto por el Estado mediante un contrato de concesión, al existir una asunción de dicho arbitraje voluntariamente por *Transado*, que podía claramente optar por no contratar con la administración, el Tribunal no examina las garantías del art. 6.1º por entender que la renuncia es libre, lícita e inequívoca.

C) Un icono en favor de la autonomía de la voluntad en el arbitraje Sentencia 174/1995, de 23 de noviembre

Examinamos a continuación una resolución harto frecuentada por la doctrina y por la misma jurisprudencia en lo que hace al arbitraje administrativo, con la posibilidad, que se reitera pensando ya en la primera Sentencia que este tribunal puso sobre arbitraje administrativo y que se planteaba en alguna medida la obligatoriedad del arbitraje en determinadas circunstancias que ahora, resueltamente, se reitera.

Es la conocida Sentencia 174/1995, de 23 de noviembre⁷⁴ cuestiones de inconstitucionalidad, Ponente el magistrado Fernando García-Mon y González-Regueral.⁷⁵

Esta Sentencia impone la prohibición de los arbitrajes obligatorios. Lo cual será una característica que permitirá distinguir lo que es arbitraje de lo que no lo es (*v.gr.*, en los denominados arbitrajes laborales⁷⁶). De tal forma que cuando nos encontramos en una norma un arbitraje “obligatorio” cabrán dos posibilidades: o que no sea un arbitraje genuino, o que quepa contra dicha norma plantear una cuestión de inconstitucionalidad como ocurrió en la reciente STC 1/2018 donde se declaró inconstitucional el arbitraje obligatorio que imponía el art. 76 e) de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro.

Mucho se ha ponderado esta Sentencia. Se ha hecho de ella, en general, el icono que representa la autonomía de la voluntad en el arbitraje. En todo caso, así como la voluntariedad es un signo distintivo del arbitraje en general, hay que indicar que en algunos supuestos de desequilibrio entre las partes, o quizás por otras circunstancias como las de derivar de una condición estatal, la voluntariedad pura es difícil de afirmarse que existe con la misma claridad que suele darse en los supuestos ordinarios de arbitraje. Nos referimos, por ejemplo, al arbitraje de consumo o de transportes, donde se acepta una voluntad tácita o genérica al arbitraje. En el primer caso, consumo, para salvaguardar la posición de la parte débil; en el segundo caso, transporte, para agilizar la resolución de disputas –y siempre cabe manifestación en contra de una de las partes contendientes para acudir así a la jurisdicción ordinaria–.

De otro lado, interesa esta Sentencia en cuanto, a diferencia de lo que hemos visto sucede en otras decisiones del Tribunal Constitucional, aquí el arbitraje realizado por un órgano administrativo se considera, exacta y resueltamente, arbitraje *tout court*. Y esto constituye una aportación de primer orden, ya que las primeras decisiones del Tribunal Constitucional, parecían relegar a estos arbitrajes a una fórmula distante de lo que es un genuino sistema arbitral.

Nos indica así:

“Es evidente que un sistema como el que se acaba de describir, que es el que consagra el art. 38.2, párrafo primero, de la LOTT, resulta contrario, como ya hemos dicho, al derecho a la tutela judicial efectiva que tienen todas las personas para obtener de los Jueces y Tribunales la protección de sus derechos e intereses legítimos. Nada hay que objetar, desde el punto de vista constitucional, al hecho de que la LOTT haya atenuado las formalidades exigibles para realizar el convenio arbitral hasta el punto de haber sustituido la exigencia de dicho convenio por una presunción *ope legis* de su existencia cuando la controversia es de escasa cuantía (quinientas mil pesetas). La autonomía de la voluntad de las partes –de todas las partes– constituye la esencia y el fundamento de la institución arbitral, por cuanto que el arbitraje conlleva la exclusión de la vía judicial. Por tanto, resulta contrario a la Constitución que la Ley suprima o prescinda de la voluntad de una de las partes para someter la controversia al arbitraje de la Junta que es lo que hace en el párrafo primero del art. 38.2. La primera nota del derecho a la tutela consiste en la libre facultad que tiene el demandante para incoar el proceso y someter al demandado a los efectos del mismo. Quebranta, por tanto, la esencia misma de la

⁷⁴ BOE 28.12.1995.

⁷⁵ P. Martínez-Gijón Machuca, “La Doctrina del Tribunal Constitucional en materia de arbitraje”. *Revista de Derecho Patrimonial*, nº 31/2013.

⁷⁶ En particular, el arbitraje obligatorio dispuesto en el art. 76 del Estatuto de los Trabajadores.

tutela judicial tener que contar con el consentimiento de la parte contraria para ejercer ante un órgano judicial una pretensión frente a ella.

La Sentencia 75/1996, de 30 de abril⁷⁷ (recurso de amparo), reitera esta doctrina en un caso similar al visto *ultimus ut supra*. Se consolida así el arbitraje como “equivalente jurisdiccional”. Por su parte, la Sentencia 107/1996, de 12 de junio⁷⁸ (cuestión de inconstitucionalidad) planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia a propósito de la adscripción obligatoria contenida en la Ley 3/1993, básica de las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación, Ponente don Javier Delgado Barrio, es una discutida resolución dado que permitió mantener la afiliación obligatoria a las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación por entender que tenían funciones que no podían cumplirse sin el abono del canon que los electores forzosos habían de pagar. Y entre tales funciones se encontraba el arbitraje institucional.

Aun cuando posteriormente fue terminada esa adscripción obligatoria mediante ley dictada al efecto, lo que interesa de esta Sentencia es que refuerza con tranquilidad y normalidad la existencia de ese arbitraje institucional. En dicho momento, vigente la LA 1988, ese arbitraje institucional remitido a las Cámaras de Comercio se fundaba en el art. 10 LA 1988; trasunto del actual art. 14 LA 2003.

Como vemos, paulatinamente, el Tribunal Constitucional, en sus casi cuarenta años (regulado en el “Título IX” de la carta magna —arts. 159 a 165—, así como en la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (LOTIC), modificado por la Ley Orgánica 6/2007 de 24 de mayo), ha abordado y reconocido prácticamente todos los temas referidos al arbitraje doméstico. Y ha primado tanto el concepto de “equivalente jurisdiccional” como que el arbitraje tiene encaje constitucional por mor de la autonomía de la voluntad, libertad en definitiva, que pregonaba el art. 1 de la Carta Magna.

Y es que por razón de la autonomía de la voluntad se declararon inconstitucionales los arbitrajes obligatorios instituidos en el antiguo art. 38.2 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres (en adelante, LOTT) y con carácter más reciente los instituidos en el art. 76 e) de la LCS (seguros)⁷⁹. En efecto, el arbitraje ha de ser voluntario, de ahí que se entienda bien la declaración de inconstitucionalidad contenida en la STC 174/1995, de 23 de noviembre, respecto al mecanismo de arbitraje obligatorio ante las Juntas Arbitrales de Transporte que regulaba el citado precepto por vulneración de los arts. 24 y 117 de la CE. Aunque hay que apresurarse a indicar que luego, tras la adaptación legislativa a la Sentencia, cupo arbitraje ante estas Juntas. Adaptación que se hizo con matices, dado que en lugar de exigir una participación activa (pacto expreso) se indicó que bastaría el consentimiento tácito en los supuestos menos cuantiosos; de tal forma que en caso de que no hubiera negativa

⁷⁷ BOE 31.5.1996.

⁷⁸ BOE 12.7.1996.

⁷⁹ Aquí, con modestia, debo referirme a un trabajo que publiqué sobre este particular. “El arbitraje de nuevo ante el Tribunal Constitucional ¿cambio de fundamento último constitucional? Sentencia del Tribunal Constitucional 1/2018, de 11 enero 2018”, *Arbitraje*, vol. XI, nº 1, 2018, pp. 229–259.

expresa por parte de los contendientes, quedarían sometidos a arbitraje ante las Juntas Arbitrales de Transportes.

Así ocurrió en la Sentencia 352/2006, de 14 de diciembre⁸⁰ Pleno del Tribunal Constitucional, cuestión de inconstitucionalidad. En particular, se examina la compatibilidad constitucional de la nueva redacción del artículo 38 LOTT ofrecida por el legislador como respuesta a la declaración de inconstitucionalidad de los arbitrajes obligatorios mediante la que se imponía el arbitraje en supuestos de poca cuantía salvo que existiera rechazo expreso de una de las partes; es decir, se presumía el consentimiento al arbitraje, pero cabía acudir a la jurisdicción ordinaria siempre que una de las partes así lo expresara.

Este planteamiento fue rechazado por el TC con fundamento abundante doctrina – por desgracia poco frecuente en nuestra jurisprudencia– sobre el significado del “silencio” y la determinación de que el arbitraje no era *per se* obligatorio cuando se permitía a una de las partes rechazarlo expresamente.

“Mediante demanda de juicio de cognición, reclamó cuatrocientas tres mil doscientas sesenta y ocho pesetas. La empresa demandada opuso la excepción de sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje (art. 533.8 LEC) invocaba al efecto el art. 38.1 de la Ley 16/1987, de ordenación de los transportes terrestres y alegaba que, reclamándose una suma inferior a 500.000 (quinientas mil) pesetas y no existiendo voluntad expresamente manifestada en contrario con anterioridad a la realización del servicio llevado a cabo por el transportista, procedía declarar la competencia de la Junta Arbitral de Transportes para entender y resolver el conflicto.

El Juzgado de Primera Instancia nº 22 de Barcelona entendió, en Sentencia de 17 de diciembre de 1997 que, declarada por la STC 174/1995 la inconstitucionalidad del precepto invocado por la demandada, procedía desestimar la excepción invocada.

La demandada interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Barcelona alegando que la excepción opuesta no se basaba en el precepto declarado inconstitucional por la STC 174/1995, sino en el que resulta de la nueva redacción dada al art. 38 de la Ley 16/1987 por el art. 162 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

Finalmente, se promovió la presente cuestión de inconstitucionalidad mediante Auto.”

Quisiéramos recordar que el propio Tribunal Constitucional hace referencia expresa a ilustres autores como Cariota Ferrara, Federico de Castro, Lacruz Berdejo, Enneccerus, son citados como opinión relevante en el cuerpo de la resolución para conocer el significado que cabe atribuir al “silencio”, algo que reconforta en unos momentos en que la doctrina necesita de apoyo social y jurisprudencial, dando valor al Derecho como tal y a la racionalidad que comporta, frente a las presiones y pasiones de toda índole, social, política, mediática, que tanta influencia pueden acabar teniendo para torcer el verdadero significado de las leyes y su aplicación.

Expresa así su posición esta resolución del Tribunal Constitucional:

“Con este punto de partida, hemos de concluir que la consecuencia jurídica cuestionada —sometimiento al arbitraje—, en cuanto puede ser excluida por la declaración de una sola de las partes, cuya formulación, además, puede producirse incluso después de la celebración del contrato, no resulta desproporcionada. De una parte, porque no merece tal calificación la vinculación por el silencio

⁸⁰ BOE 16.1.2007.

resultante de una disposición normativa referida a una actividad muy concreta (contratos de transporte terrestre) y en relación únicamente con las controversias de menor entidad económica. De otra, porque los contratantes no vienen obligados a formular aquella declaración en el momento mismo del perfeccionamiento o de la formalización del contrato sino que el *dies ad quem* para la expresión de su voluntad contraria a la intervención de las Juntas Arbitrales se pospone hasta el momento “en que se inicie o debería haberse iniciado la realización del servicio o actividad contratada” que es cuando ha de ponderarse especialmente la seguridad de las partes en la relación negocial, aquí en un aspecto tan relevante como es el mecanismo de resolución heterónoma de conflictos.

No se aprecia, pues, la vulneración del art. 24.1 CE en relación con el art. 117.3 CE que se atribuye al precepto cuestionado.”

Esta Sentencia, pues, al igual que la anterior, atenúa la necesidad de recoger expresamente —en los arbitrajes de transportes— la voluntad de la parte para impedir el arbitraje; pero no por ello dejan de ser arbitrajes genuinos.

En esta ocasión, se da un paso ciertamente importante ya que se trata de garantizar la utilización de un órgano administrativo investido de potestades genuinamente arbitrales para que resuelva en todo caso si no existe oposición declarada de cualquiera de las partes.

Se utiliza la teoría del silencio, de acuerdo con el clásico, *qui tacet cum loqui potuit et debet, consentire videtur*, regla que construida desde el derecho canónico con fragmentarios materiales romanos, fue consagrada en el Libro Sexto de las Decretales por Dino de Mugelano, quien generalizó algunos precedentes contenidos en el Digesto y la práctica eclesiástica ha tenido fuerza de principio general desde el conocido juicio a Tomás Moro⁸¹. Y ello ha formado parte de nuestro Derecho y genera consecuencias para las partes que consientan.

Sin embargo, la teoría del silencio, aunque bien hilada por el TC, no parece que sea la más apropiada sino se combina o supedita con una realidad más clara: la propia autonomía de la voluntad que existe en el art. 38.1 LOTT al permitir a cualquiera de las partes impetrar la jurisdicción ordinaria para impedir el arbitraje.

M. García Pérez⁸², recuerda sobre este particular:

“La exigencia de pacto expreso para evitar el arbitraje y acceder a la vía judicial se sustituía por una presunción de acuerdo de sometimiento a arbitraje que podía desmontarse por la voluntad expresa de cualquiera de las partes. En esta ocasión, el Tribunal Constitucional tuvo que pronunciarse a propósito del planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad por parte de la Audiencia Provincial de Barcelona y el precepto salió airoso del test de constitucionalidad:

Así las cosas, hemos de examinar ahora si el efecto que el legislador atribuye al silencio de las partes —aplicabilidad del arbitraje— está constitucionalmente justificado...”

Y a este respecto, hemos de señalar, siguiendo la doctrina de la STC 174/1995 que:

a) El precepto en su nuevo texto sigue respondiendo a la “plausible finalidad de fomentar el arbitraje como medio idóneo para, descargando a los órganos judiciales del trabajo que sobre ellos pesa, obtener una mayor agilidad a la solución de las controversias de menor cuantía” (F. 3).

⁸¹ H. Corral, “Qui tacet consentire videtur. La importancia de una antigua regla canónica en el juicio contra Tomás Moro”, *Ius Canonicum*, vol. 51, 2011, pp. 137–160.

⁸² *Op. cit.*, p. 442.

b) Igualmente la redacción aquí cuestionada permite también afirmar: “nada hay que objetar, desde el punto de vista constitucional, al hecho de que la LOTT haya atenuado las formalidades exigibles para realizar el convenio arbitral hasta el punto de haber sustituido la exigencia de dicho convenio por una presunción *ope legis* de su existencia cuando la controversia es de escasa cuantía” (F. 3).”

Por tanto, al haber la exclusión del arbitraje mediante una declaración unilateral formulada por cualquiera de las partes, no nos encontraríamos ante un arbitraje obligatorio y el precepto superaría el test de constitucionalidad⁸³.

En Derecho comparado encontramos similitudes en Italia, donde la *Corte Costituzionale* también ha determinado la nulidad de las normas que promovían arbitrajes obligatorios, cuestión que fue criticada por algunos autores⁸⁴.

Se tratan, en definitiva, de arbitrajes administrativos (o actividad administrativa arbitral) y es en la arena constitucional donde se dan cita todas estas dudas (y se disipan). Lo que unido a la especial trascendencia de los arbitrajes que disciplina la administración (consumidores, seguros, transportes etc.) justifica, de *lege ferenda*, la utilidad de contar con una “*Ley de arbitraje administrativo Internacional y Nacional*”, que tenga bien presente lo que es la Administración Pública para así poder facilitar y hacer eficaz el correspondiente laudo, enumerando las materias que podrían quedar sujetas a arbitraje.

El arbitraje es, en esencia, una función pública administrada por un particular⁸⁵ que sustrae la actividad de juzgar de los Jueces y Tribunales por la voluntad de las partes y le otorga potestades análogas a la clásica jurisdicción, si bien con la exclusiva función de juzgar. No obstante, y a pesar de que las facultades concedidas al árbitro son amplias, están sujetas a una serie de límites: el convenio arbitral, la materia arbitrable y el orden público.

Obviamente, nos estamos refiriendo a la función jurisdiccional, dentro del principio de división de poderes, siendo esta situación precisa la que ha planteado las cuestiones principales en torno al arbitraje, pero sí pueden ser útiles, como motivo de reflexión, las aportaciones realizadas en otras ramas del Derecho, especialmente el derecho procesal y el internacional, al que viene ahora a sumarse el Derecho administrativo precisamente en lo que hace a la posición, activa y pasiva, del Estado en torno al arbitraje.

⁸³ M. Mateo Tejedor, *La actividad arbitral de la Administración en el transporte terrestre*, Marcial Pons, 1998, pp.

⁸⁴ G. Caia, *Arbitrati e modelli arbitrali nel diritto amministrativo*, Milán, Giuffrè, 1989, p. 79.

⁸⁵ Esta definición, si bien referida al ejercicio de funciones administrativas, no judiciales, procede de Oreste Ranélli, Santi Romano y Federico Cammeo, siendo acuñada definitivamente por G. Zanobini, *Corso di Diritto Amministrativo*, vol. III, Milán, Giuffrè, 1958 en el capítulo “Esercizio privato di funzioni pubbliche e nozione di amministrazione” y luego, común ya en la doctrina administrativa italiana (G. Miele, M.S. Giannini) basada en gran parte en la distinción de O. Ranélli entre actos de gestión e imperio, (*Studi in onore di V. Scialoja*, vol. I, Torino 1904) que a su vez influirá en la doctrina francesa (M. Hauriou y L. Duguit). Ya hemos indicado la extraordinaria acogida del propio Tribunal Constitucional en el citado Auto nº 259/1993 de Tribunal Constitucional, Sección 1ª, 20 de Julio de 1993.

6. La libertad (art. 1.1º CE) como fundamento constitucional del arbitraje: un avance esperado

La Sentencia 176/1996, de 11 de noviembre⁸⁶, se pronuncia por primera vez sobre la libertad como fundamento constitucional del arbitraje (art. 1.1 CE). No obstante, era un final esperado, pues ya el ATC 116/1992 había fundado el arbitraje en la libertad instituida *ex art.* 17.1 CE y el ATC 259/1993 había dicho que la libertad era nada menos que el *motor* del arbitraje e incluso mencionó el art. 1 CE como fundamento constitucional, si bien la construcción no era completa al mezclarlo con el art. 9 CE y no ofrecer mimbres tan bien hilados como los de esta Sentencia que, además, pronuncia la frase seguida *ad eternum* por la doctrina de que el arbitraje es un “*medio heterónomo de arreglo de controversias*”.

Veamos los hechos, resueltos desde una perspectiva técnica, donde el árbitro es un Arquitecto, algo inusual especialmente si tenemos en cuenta que al final será una cantidad líquida la que constituya la satisfacción de la pretensión, si bien se trataba de un arbitraje de equidad y se pretendía la “*determinación exacta de la cantidad pendiente de abono por el recurrente, como pago de las obras realizadas por la mencionada mercantil en la construcción de una vivienda de su propiedad*”.

De otro lado, interesa destacar de esta Sentencia, redactada por un ilustre internacionalista, nada menos que el profesor González Campos, que entiende no cabe plantear amparo dado que el laudo es dictado por sujetos privados, lo que lo deja extramuros de la jurisdicción constitucional.

“El 23 de marzo de 1993, el hoy demandante de amparo y el representante de la mercantil “Promociones Rialga, S.L.”, acordaron someter a arbitraje de equidad –designando como árbitro único al Arquitecto don Desiderio Mataix Moltó– la determinación exacta de la cantidad pendiente de abono por el recurrente, como pago de las obras realizadas por la mencionada mercantil en la construcción de una vivienda de su propiedad. En el Convenio arbitral se señaló que el Laudo se emitiría en plazo de treinta días a contar desde el momento en que se entregara al árbitro la documentación pertinente.

Con fecha 1 de julio de 1992, el citado árbitro compareció ante Notario para protocolizar el Laudo Arbitral, dictado el 21 de mayo anterior, y proceder a su notificación a las partes; asimismo adjunta informe de 18 de junio del mismo año, en el que se realiza una valoración de determinadas deficiencias observadas en la construcción y cuyo valor habría que detraer del señalado a la obra realizada. Dicho informe consta como emitido “a petición de las partes”.

Contra el mencionado Laudo interpuso el demandante recurso de nulidad que correspondió tramitar a la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Alicante, basado en haberse emitido el Laudo fuera de plazo y en pronunciarse sobre extremos no sometidos a arbitraje, por referencia a la valoración de las deficiencias en la construcción.

Se fundamenta el recurso de amparo en supuestas vulneraciones del derecho a la tutela judicial efectiva –art. 24.1 CE– y del derecho al Juez ordinario determinado por la Ley –art. 24.2 CE”

El Tribunal desmiente que no hubiera acceso a la jurisdicción ordinaria dado que el recurrente en amparo interpuso una acción de anulación frente al laudo a través del procedimiento legalmente establecido –arts. 45–51 Ley de Arbitraje–; por lo que el

⁸⁶ BOE 17.12.1996.

derecho a la tutela judicial efectiva no comprende el de obtener una decisión judicial acorde con las pretensiones formuladas y añade que el arbitraje se fundamenta en la autonomía de la voluntad por lo que encuentra sustento constitucional en el art. 1.1 CE: la libertad del individuo:

F. J. 4. “No obstante, sentado lo anterior ha de precisarse que el núcleo de la queja del recurrente se basa en que, aun mediando un previo sometimiento del litigio al arbitraje, el órgano jurisdiccional no ha examinado, en el cauce del recurso contra el Laudo Arbitral, el fondo del asunto debatido ante el árbitro, pese a las causas de nulidad del mismo que fueron alegadas en dicho procedimiento. Lo que entraña, a su juicio, una limitación de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

Tal planteamiento, sin embargo, no puede ser compartido, ya que supondría tanto como privar al arbitraje, cuya licitud constitucional hemos declarado reiteradamente (SSTC 43/1988, 233/1988, 15/1989, 288/1993 y 174/1995), de su función como medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados; lo que constitucionalmente le vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento (art. 1.1 CE). De manera que no cabe entender que, por el hecho de someter voluntariamente determinada cuestión litigiosa al arbitraje de un tercero, quede menoscabado y padezca el derecho a la tutela judicial efectiva que la Constitución reconoce a todos. Una vez elegida dicha vía ello supone tan sólo que en la misma ha de alcanzarse el arreglo de las cuestiones litigiosas mediante la decisión del árbitro y que el acceso a la jurisdicción –pero no su “equivalente jurisdiccional” arbitral, SSTC 15/1989, 62/1991 y 174/1995– legalmente establecido será sólo el recurso por nulidad del Laudo Arbitral y no cualquier otro proceso ordinario en el que sea posible volver a plantear el fondo del litigio tal y como antes fue debatido en el proceso arbitral. Pues como ha declarado reiteradamente este Tribunal, el derecho a la tutela judicial efectiva no es un derecho de libertad, ejercitable sin más y directamente a partir CE, sino un derecho prestacional, sólo ejercitable por los cauces procesales existentes y con sujeción a su concreta ordenación legal (SSTC 99/1985, 50/1990 y 149/1995, entre otras)”.

Es decir, el laudo no es directamente recurrible en amparo y la Sentencia de la acción de anulación solo lo será si es irrazonable o arbitraria, en cuyo caso, el amparo quedaría justificado el recurso de amparo por violación del art. 24 CE.

7. Conclusiones de la jurisprudencia constitucional analizada

Hasta ahora hemos realizado un ejercicio evolutivo sobre la jurisprudencia constitucional con el conocimiento de la normativa española, sus características, sus modificaciones, su codificación autónoma, su aproximación al entorno más cercano e internacional hasta la actual LA 2003. Ejercicio que permite observar la inicial posición del Tribunal Constitucional, el encaje constitucional del arbitraje, su fundamentación en términos tan amplios como la libertad, su concreción en un equivalente jurisdiccional o la competencia estatal como materia de legislación procesal y civil.

Este ejercicio permite emprender el resto de los capítulos con una aprehensión verdadera tanto de lo que es el arbitraje como institución como lo que significa para el Tribunal Constitucional y así facilitar su encaje constitucional a pesar de las trabas que impone la propia literalidad de algunos preceptos constitucionales.

El análisis de la jurisprudencia allana por tanto ese pedregoso camino. E incluso permite la posibilidad de ofrecer algunas propuestas –como haremos– acerca de que los árbitros planteen una cuestión de constitucionalidad sin necesidad siquiera de

reformular las normas actuales, simplemente evolucionar y ensanchar alguna exégesis constreñida, como hemos visto que también evoluciona el Tribunal Constitucional o las normas actuales frente a una rigidez pasada.

Vemos, también, que para nuestro Tribunal Constitucional, el fundamento último, quizás el único común a todas las diferentes formulaciones (realmente) arbitrales, es sin duda, su calificación como “*equivalente jurisdiccional*”. Esa naturaleza le convierte, desde el punto de vista de la competencia estatal regulada en el art. 149 CE, en una institución procesal. Se distingue con claridad de otros medios de solución de conflictos como la mediación o la conciliación donde las Comunidades Autónomas tienen libérrimas posibilidades de regular.

Los procedimientos administrativos de solución extrajudicial, en los que la Administración Pública aparece como órgano resolutorio –actividad administrativa arbitral– de un conflicto, resulta posible desde el punto de vista constitucional. Incluso cuando resuelvan con carácter definitivo y los efectos de la decisión produzcan efectos de cosa juzgada. En determinados sectores el legislador incluso anima esta posibilidad para complementar el sistema judicial –siempre que haya un concierto de voluntades entre las partes involucradas– en algunos ámbitos donde no llega o cuando llega, lo hace tarde.

La evolución de la jurisprudencia constitucional permite distinguir también lo que es un arbitraje *genuino* de lo que no; por mucho que el legislador lo denomine arbitraje. Y los rasgos más característicos que presenta como voluntariedad, materia arbitrable, o exclusión judicial completa (que solo sea revisable por la vía de la acción de anulación).

Existen, además, otras jurisdicciones especiales o propias que escapan a los Órganos del Poder Judicial como la jurisdicción contable fiscalizadora del sector público (art. 136 CE) o la jurisdicción constitucional (art. 159 CE) con peculiaridades singulares que las hacen ajenas al principio de unidad jurisdiccional según hemos indicado. La jurisdicción militar (art. 117.5 CE) está integrada en el Poder Judicial del Estado⁸⁷. No obstante, la jurisdicción contable es revisable ante el orden contencioso–administrativo mientras que el Tribunal Constitucional, como intérprete supremo CE es independiente del resto de órganos constitucionales. Finalmente, con carácter híbrido, recuérdese el supuesto de los conflictos de jurisdicción (art. 38 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y Ley Orgánica 2/1987, de 18 de mayo, de Conflictos Jurisdiccionales) en que participan tres Consejeros Permanentes de Estado, junto con dos Magistrados de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo y el Presidente de éste que lo presidirá y con voto de calidad (ya que son seis en total, número par que así se despeja mediante dicho voto cualificado de la Presidencia del Tribunal Supremo).

El Tribunal Constitucional lo sabemos ya, ha declarado reiteradamente que el arbitraje supone un equivalente jurisdiccional al proceso judicial ordinario⁸⁸, lo que

⁸⁷ Art. 1 Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la competencia y organización de la Jurisdicción Militar.

⁸⁸ SSTC de 26 de enero de 1989, de 23 de noviembre de 1995, de 11 de noviembre de 1996 y/o de 14 de diciembre de 2006.

implica que cualquier persona puede someter sus controversias ante un órgano arbitral en condiciones de obtener por esta vía una plena satisfacción de sus derechos. Pero la tutela judicial efectiva solamente sirve de contraste ya que la institución arbitral es con toda claridad una alternativa realizada a la solución judicial del conflicto. Y pese a la tentación, permanente, de utilizar la figura de la tutela judicial efectiva como piedra de toque, hay que reconducir a muy limitadas y fragmentarias aplicaciones de tal derecho fundamental su aplicación al arbitraje. Y casi siempre, intentando reconducir esas aplicaciones a los supuestos que prevé la ley de arbitraje, notoriamente “orden público” en caso de flagrante arbitrariedad en el procedimiento arbitral⁸⁹. Esto es, el principio de audiencia, igualdad y contradicción.

⁸⁹ A modo de ejemplo, en el blog del José Carlos Fernández Rozas en su entrada de 10 de mayo de 2018, se lee: “El TSJ de Madrid estima una acción de anulación con respaldo en una valoración irracional de la prueba por parte de dos de los árbitros, frente a la realizada por el tercer árbitro en su voto particular” y en el texto del apunte que incorpora, se indica textualmente: “La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala Civil y Penal, Sección Primera, de 5 de abril de 2018 (Ponente: Javier Vieira Morante) estima una acción de anulación basada en infracción del orden público al considerar la existencia de una valoración irracional de la prueba por parte de dos de los árbitros, frente a la realizada por el tercer árbitro y que figura en su voto particular. Según esta decisión “no corresponde a esta Sala pronunciarse sobre los argumentos vertidos en el voto particular en cuando a la relevancia de esas pruebas, ni determinar ante estas dos posiciones enfrentadas, cuál considera resulta mejor acreditada a la vista de las pruebas que se practicaron en el procedimiento arbitral. Pero lo que sí corresponde a esta Sala es comprobar si la valoración probatoria que realizó el laudo arbitral no resulta arbitraria por apartarse notoriamente del resultado probatorio o por omitir injustificadamente la evaluación de medios probatorios que resulten trascendentes para la resolución de las cuestiones debatidas (...). Y en este caso resulta evidente es (*sic*) que tales medios probatorios resaltados en el voto particular –de la misma naturaleza y aparente relevancia de los correos electrónicos en los que se basa la decisión mayoritaria–, incorporados en el procedimiento arbitral y supuestamente contrapuestos a las conclusiones a las que llega el laudo mayoritario, requerían un análisis suficiente, aunque fuera para exponer las razones por las que no desvirtuaban los argumentos expuestos por los dos árbitros de la mayoría. El total silencio sobre estos medios probatorios, sin explicación ni justificación alguna, provoca una apariencia de arbitrariedad en el tribunal arbitral desde el momento en que la ausencia de valoración de esos medios probatorios impide conocer las razones por las que se desprecia su consideración en una de las cuestiones más importantes debatidas, como fue la naturaleza de los contratos suscritos, de la que después se deriva la exclusión de la responsabilidad (...) Por tanto, este primer motivo de nulidad del laudo arbitral debe ser estimado”. Lo cual no deja de ser, se quiera o no, una extensión del derecho a la prueba, típica manifestación de aquel derecho fundamental, bien que reconducido, quizás con algo de forzatura, a la cláusula de orden público. Porque hacer equiparable “orden público” con interpretación supuestamente arbitraria de una prueba, no deja de ser un voluntarioso esfuerzo...voluntarista, valga la cacofonía. Hay que decir que estas limitadas aperturas del arbitraje, que caen así dentro de claros parámetros bien conocidos de la justicia ordinaria, suponen, en definitiva, que algunos aspectos, algunos fragmentos del arbitraje sí van siendo examinados al modo usual procesal, frente a la tesis tradicional de evitar toda aplicación procesal. Y es que, hay que insistir, en una materia como el arbitraje, sin afirmar que esté todo por hacer, sí que existen limitadas aperturas de un lado, y diferentes tipos de arbitraje por otro, sin que esté cerrado el tema de su extensión y límites de forma dogmática y definitiva, mostrando que sigue siendo una institución en apasionante evolución. En todo caso, hay que prevenir sobre una utilización expansiva del concepto “orden público” ya que, como indicó el profesor Díez– Picazo, a quien sigue el profesor Bernardo Cremades, puede generar inseguridad jurídica. *Vid.* I. Díez – Picazo. *Comentarios a las reformas del Código Civil. El nuevo Título Preliminar y la Ley 2 de mayo de 1975*. Editorial Tecnos, Madrid, 1975, p. 56. B. Cremades. *El Arbitraje Internacional en la encrucijada de la crítica*. Discurso de ingreso pronunciado en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, el 19 de marzo de 2018, p. 62; y cabe recordar con don Federico de Castro y Bravo, que el orden público es un concepto enigmático y desconcertante. “Estudios monográficos. Notas sobre las

Lo que sucede, con toda claridad, es que al no ser jueces ni formar parte del poder y aparato estatal, los árbitros no pueden adoptar posiciones jurisdiccionales ordinarias, que son las únicas para las que está pensada propiamente la tutela judicial efectiva como derecho fundamental. Y, por otro lado, la más elemental percepción del arbitraje, permite resolver de inmediato la cuestión de quiénes son los árbitros, su forma de selección en los distintos tipos de arbitraje conocidos, sus poderes, su propia historia, en fin, todo lo que supone de una u otra manera, confiar una solución por definición extrajudicial, de los conflictos. Una forma de expresión de la sociedad civil nacional e internacional, una primacía del Derecho sobre la organización política.

Asimismo, los árbitros son profesionales extramuros de la Administración y cuando, eventualmente, por disposición legal (*v.gr.*, Ley de Telecomunicaciones o de Defensa de la Competencia) se designa a un órgano administrativo compuesto por funcionarios, automáticamente, por prescripción legal, quedan adornados con las características de la independencia e imparcialidad que los sitúa en una posición diferente a la que ocupan en su condición de funcionarios (que no en su condición de árbitros). De ahí que ese arbitraje sea examinable exclusivamente por la jurisdicción ordinaria y pudiéndose ejercer contra el mismo solamente la acción de anulación.

limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad” *Anuario de Derecho Civil*, Fascículo IV. pp. 1921 ss. Igualmente, este ilustre civilista ya se había pronunciado sobre la idea de que el orden público incluye los derechos de defensa, ponderando el derecho francés de la época, en su trabajo antes citado p. 688 y nota a pie de p.ina 246, citando al profesor Robert (*Arbitrage Civil et Commercial, en Droit Interne et en Droit International Privé*, 4ª ed., París, Dalloz, 1967, pp. 46 ss).

III. Fundamento constitucional del arbitraje

1. Advertencia previa

Comenzamos pues un amplio camino de estudio de esta jurisprudencia, absolutamente inesquivable en una Tesis doctoral como la nuestra en la que tenemos que realizar un esfuerzo notable por calificar el arbitraje administrativo. Conocer si para la Administración la técnica arbitral le resulta aplicable y eventualmente puede aplicarla.

Lo haremos siguiendo un progresivo *iter* “cronológico–material” de estas resoluciones. Tanto de aquéllas que traten un arbitraje genuino como las que se pronuncian sobre el arbitraje laboral que no es propiamente arbitraje. En fin, todo lo que supone una cierta solución por terceros más o menos alejados del asunto concreto y que las partes o la propia legislación denomina arbitraje.

Normalmente en las Sentencias se encuentran mezclados todos estos problemas y cuestiones, mientras que en los Autos es más frecuente encontrarse directamente con el arbitraje en sentido estricto, dado que lo que atienden con reiteración es más bien los supuestos de inadmisión del recurso de amparo (sin perjuicio de algún otro supuesto). Por lo que es lógico que lo que enfrenten este tipo de resoluciones sea, con exactitud, el arbitraje estricto en el que las partes intentan alcanzar el amparo constitucional.

Es con estos materiales con los que actúa el Tribunal Constitucional, y por ello, hemos de seguirle en sus pasos a través de este proceloso camino, siguiendo huella a huella, lo que por el mismo se ha transitado.

2. Incursiones en el marco del arbitraje laboral

Partimos pues de la primera resolución que aborda el arbitraje y que se contiene en la Sentencia 11/1981, de 8 de abril, recurso de inconstitucionalidad) Ponente, Magistrado Luis Díez–Picazo y Ponce de León)⁹⁰. Tiene el enorme interés de que es la primera vez que el TC se enfrenta con la institución del arbitraje. Y precisamente lo hace en relación con aspectos que se refieren directamente a nuestra Tesis. De un lado, se plantea el arbitraje obligatorio. Lo hace en el ámbito laboral, dentro de lo que es pues el hoy conocido como arbitraje laboral. Arbitraje establecido por vía gubernativa con apoyo en una habilitación legal, el conocido Real Decreto–Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo. Referido al derecho de huelga, el TC afirma que,

“... (F.J 19) “No puede decirse lo mismo de la facultad que se le reconoce al gobierno de instituir un arbitraje obligatorio como vía de terminación de la huelga. No por ser obligatorio deja de ser

⁹⁰ BOE 25.4.1981.

verdadero arbitraje siempre que se garanticen las condiciones de imparcialidad del árbitro y es medio idóneo de solución posible en tan excepcionales casos como los que el precepto describe”.

Se trata de arbitraje laboral encomendado a un tercero, no a la Administración Pública, que es el supuesto al que se refiere después la misma Sentencia para negar que se trate de un genuino arbitraje. Por otro lado el art. 24 del citado Decreto Ley, vuelve a plantear si se puede hablar de arbitraje, cuando indica:

“Las partes podrán designar a uno o varios Árbitros. En tal caso éstos, que cuando sean varios habrán de actuar conjuntamente, deberán dictar su laudo en el término de cinco días. La decisión que adopten tendrá la misma eficacia que si hubiera habido acuerdo entre las partes”).

Nótese que se refiere a un arbitraje establecido para poner fin a una huelga, que es uno de los aspectos de la impugnación del preconstitucional Real Decreto Ley de 1977, todavía vigente dada la incapacidad de nuestro legislador para regular por Ley Orgánica, tras la Constitución, este derecho fundamental. Pero este tipo de arbitraje, con su laudo, es distinto del que recae en los casos de convenios colectivos, el otro aspecto sobre el que también se pronuncia la Sentencia ya que el Real Decreto Ley aborda ambos aspectos (así dice la Sentencia:

“El examen de los antecedentes históricos del tema lleva a nuestra convicción la idea de que han existido, en el ordenamiento jurídico laboral español, dos grupos de normas, que han dado lugar a dos diferentes –o, por lo menos, no iguales– líneas de evolución. Una de ellas ha estado constituida por la normativa sobre los convenios colectivos y sobre los modos de suplir el fracaso de la negociación colectiva; la otra viene dada por lo que de tiempo atrás se han llamado en nuestro Derecho conflictos colectivos de trabajo y procedimientos para la solución de tales conflictos”).

Y la STC tras descartar que se trate de un arbitraje genuino, acabó validando la constitucionalidad de este arbitraje obligatorio:

“Más difícil de resolver es la segunda cuestión, esto es, la medida en que la articulación de un llamado arbitraje público obligatorio para resolver los conflictos sobre modificación de condiciones de trabajo y, en especial el conflicto nacido del fracaso de la negociación del convenio, puede contravenir el derecho de la negociación consagrado por el art. 37 CE.

Para resolver esta cuestión, no basta, a nuestro juicio, llegar a la conclusión de que ese llamado arbitraje público obligatorio no es genuino arbitraje, porque en modo alguno lo es el que reúne al mismo tiempo las características de ser público y de ser obligatorio. Más allá de las palabras, lo que existe es la sumisión a una decisión de un órgano administrativo. Es verdad que esta intervención y esta decisión son históricamente los herederos residuales, como hemos tratado de poner de relieve anteriormente, de un sistema de intervención administrativa que era claramente limitativo de los derechos de los administrados.

En puridad no cabe calificar el arbitraje laboral como arbitraje en sentido estricto. Basta atender a la exclusión inmediata que realiza el art. 1.4 LA de 2003 (aunque incluso en dicha Ley se mantiene el término “*arbitraje laboral*”). Desde luego no lo son los incluidos en el art. 76 del Estatuto de los Trabajadores –en caso contrario se enfrentarían a problemas de constitucionalidad por su carácter obligatorio–.

Por nuestra parte, manteniendo la posición tradicional, entendemos que el arbitraje denominado laboral, tiene fuertes similitudes e impregnación con el concepto de arbitraje. Pero si nos atenemos a su conceptualización clásica, basada en la idea de voluntad, no da con todas las características de la figura ortodoxa del arbitraje⁹¹. Califiquémosle de un supuesto especial de solución extrajudicial de conflictos, *quasi* arbitral o pseudoarbitraje.

En la Sentencia 33/1981, de 5 de noviembre (conflicto positivo de competencia), se vuelve a insistir en que, en caso de huelga, el Gobierno debe facilitar el arbitraje (y la mediación). Y se estima –erróneamente– que es arbitraje en sentido clásico, dando por supuesto que el arbitraje laboral es una especie más del género completo de arbitraje⁹². Y referida asimismo al ámbito laboral, la Sentencia 48/1982, de 12 de julio (conflicto positivo de competencia), cuestiona la competencia para inscribir en el registro un convenio colectivo, siendo el órgano registral el Instituto de Mediación y Arbitraje y Conciliación de convenios colectivos. Continúa pues, con entera normalidad, la posición del Tribunal Constitucional de que este ámbito, el laboral, permite distinguir lo que es el arbitraje en sentido estricto (incluso aunque sea obligatorio y siempre con los *caveat* que hemos referido) del pseudoarbitraje practicado por la Administración en sede de poder público⁹³. En igual sentido y prácticamente idéntica es la resolución de la Sentencia 85/1982, de 23 de diciembre, en conflicto positivo de competencia) ponente el magistrado Angel Escudero del Corral⁹⁴.

En ocasiones, el Tribunal Constitucional hace una apelación meramente nominal al vocablo “arbitraje”, usándolo en forma meramente vulgar, de castellano plano, sin contenido técnico preciso como en la conocida Sentencia sobre la LOAPA, Sentencia 76/1983, de 5 de agosto. Recursos previos de inconstitucionalidad⁹⁵.

Un caso que ejemplifica la especialidad del denominado arbitraje laboral, se encuentra en el Auto 723/1984, de 21 de noviembre ya que en aplicación del art. 10 del Decreto Ley de 1977, no cabe recurso alguno contra el laudo obligatorio impuesto por el Consejo de Ministros. (Conflicto con pilotos de Iberia y su sindicato). Y el Tribunal Constitucional acepta con claridad esa especialidad sin que ello suponga violación del art. 24 CE. Coincide con auto de la misma fecha también Auto 720/1984, de 21 de noviembre de idéntica factura.

En el Auto 51/1986, de 22 de enero existe la importante precisión de que no cabe recurrir en amparo un laudo cuando la alegación es realizada por vez primera ante el propio Tribunal Constitucional, porque ni fue objeto de alegación en el procedimiento arbitral, ni tampoco en el recurso de nulidad ante el Tribunal Supremo, formulándose en este proceso de amparo *ex novo*, por lo que no puede ser examinada, ya que habría de partirse de hechos que no están demostrados, y que no existen declarados por los

⁹¹ F. Mantilla Serrano, “La Ley Española de Arbitraje de 2003”, *El futuro del arbitraje comercial en España*, Fundació Carles Pi i Sunyer d’Estudis Autònomic i Locals Barcelona, octubre 2004, p. 21.

⁹² BOE 19.11.1981.

⁹³ BOE 4.8.1982.

⁹⁴ BOE 15.1.1983.

⁹⁵ BOE 18.8.1983.

Tribunales ordinarios, por lo que la susodicha alegación acabada de precisar no puede ser acogida.

3. Primer análisis constitucional de una ejecución bajo la Convención de Nueva York de 1958

La Sentencia 43/1986 de 15 de abril⁹⁶ resulta interesante al extrapolar a un procedimiento civil las conclusiones extraídas en procedimientos de exequátur en los que se pretende el reconocimiento y ejecución de un laudo al amparo del CNY 1958 y el oponente solicita que no se reconozca por haberse dictado en rebeldía. Con lo que realiza una exégesis del orden público del foro inexistente en la práctica arbitral-constitucional. Antes, eso sí, se pronuncia sobre la naturaleza del arbitraje

Indica así:

“5. El demandante de amparo se queja en primer lugar y principalmente de la vulneración de su derecho a una tutela judicial efectiva y a no sufrir indefensión (art. 24.1 CE Española), causada al conceder el Auto impugnado al exequatur respecto de una Sentencia dictada en rebeldía de la parte vencida, por cuanto la Ley de Enjuiciamiento Civil en su art. 954.2º no reconoce fuerza en España a las ejecutorias relativas a tales Sentencias. Pero por lo que atañe a la tutela judicial efectiva, el demandante de amparo ha tenido acceso a la jurisdicción competente para oponerse a la ejecución de la Sentencia extranjera, y ha podido alegar cuanto estimara pertinente en defensa de su interés. El Tribunal Supremo, por su parte, a pesar de declarar aplicable el criterio de reciprocidad establecido en los arts. 952 y 953 LEC, ha examinado extensa y razonadamente las circunstancias en que se produjo la rebeldía de la solicitante de amparo. Y ha llegado a la conclusión de que la rebeldía como posible causa para denegar el exequatur sólo puede admitirse cuando la parte no haya sido debidamente notificada del procedimiento seguido contra ella o no haya podido hacer valer sus medios de defensa.

El Auto impugnado razonaba:

“... que deben compaginarse la necesidad de «no dificultar excesivamente con trabas de carácter formal el tráfico mercantil a nivel internacional» y la de «mantener la seguridad jurídica procesal de los súbditos de cada país», indicando con referencia al amplísimo margen que a los efectos de la ejecución de Sentencias arbitrales se contiene en el Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958, que ya en varios Autos que menciona ha estimado que la rebeldía como causa denegatoria del exequatur sólo puede admitirse cuando la parte no haya sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje, o no haya podido hacer valer sus medios de defensa, esto es, en la llamada «rebeldía a la fuerza», concluyendo en que esta tesis, aplicada al caso de Autos, «da lugar a que como tal situación ha sido provocada por el declarado rebelde, no pueda ser causa de denegación del exequatur, en cuanto ello supondría un auténtico *fraudem legis*» (considerando quinto). La resolución adoptada por la Sala Primera del Tribunal Supremo resulta, pues, plenamente consciente de su evolución jurisprudencial razonada y constitucionalmente legítima.”

⁹⁶ BOE 29.4.1986.

4. Primera referencia a la naturaleza del arbitraje: Sentencia TC 43/1988, de 12 de abril

Analizamos ahora la Sentencia 43/1988, de 16 de marzo⁹⁷ (recurso de amparo, de enorme relevancia. Aunque no califica al arbitraje todavía como “equivalente jurisdiccional”, ya establece que el Tribunal Supremo viola el art. 24 CE si repasa el fondo del asunto resuelto en el Laudo. Incluso cuando lo hace con cierto disimulo, al intentar aprovechar una redacción desafortunada de la reforma operada en la Ley de Enjuiciamiento Civil (entonces la de 1881 todavía).

Es decir, que inclusive con estos romos materiales, ya aparecen con claridad los límites que la jurisdicción ordinaria ha de tener respecto del arbitraje, respetándolo totalmente y evitando sustituirse en la solución arbitral, que claramente no le corresponde ni aun intentando apoyarse en un discutido texto legal. Veamos la expresión del tribunal.

“A este respecto es fundamental el dato relativo a la jurisdicción dentro de la cual el litigio se ha resuelto en la instancia, es decir, la de arbitraje. Es esta circunstancia, en efecto, la que exige, más que permite, la dilucidación previa del carácter de aquella consecuencia, o sea, la obtenida y declarada por la Sentencia del Tribunal Supremo, puesto que en definitiva la esencia del recurso –como ya se ha delimitado– reside en resolver si la Sentencia pudo o no decidir sobre ella desde la perspectiva constitucional, en relación con la competencia que otorga la especificidad jurisdiccional: ordinaria o de arbitraje de equidad. En definitiva, si la decisión judicial sobre esperas y demoras tuvo un fundamento procesal correcto desde la perspectiva del derecho de las partes a un proceso adecuado y, por añadidura, al del Juez competente, predeterminado, aquí no sólo por la Ley, sino por obra del principio de autonomía de la voluntad de los particulares, a quienes dicha Ley permite optar, renunciando a la jurisdicción estatal por la del árbitro o árbitros particulares de equidad, como es el caso del recurso.

[...]

Pero la posibilidad del recurso no transfiere al Tribunal revisor (Tribunal Supremo), ni le atribuye, la jurisdicción de equidad, no sólo la originaria, exclusiva de los árbitros, ni siquiera la revisora del juicio de equidad en sí mismo. No es juez del juicio de equidad, porque iría contra la misma esencia de ese juicio: personal, subjetivo, de pleno arbitrio, sin más fundamento que el leal «saber y entender» del árbitro. La revisión que opera el recurso de nulidad es, como ya dijo la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 1986, un juicio externo. El Tribunal Supremo es sólo juez de la forma del juicio o de sus mínimas garantías formales (art. 1.733 LEC, citado); no se pronuncia sobre el fondo. Deniega el recurso o bien, como en el recurso por quebrantamiento de forma, se limita a anular la Sentencia que infrinja los supuestos legales de su conformación y plasmación, pero no su decisión sustancial, dejando sin efecto el laudo (art. 1.735 LEC) o bien haciéndolo sólo en parte (1.736), y con remisión a los interesados al procedimiento adecuado. No es, pues, la del Tribunal Supremo, una Sentencia rescisoria, sino rescindente, total o parcial. Así lo ha entendido siempre ese Tribunal y esa ha sido su jurisprudencia constante, que la recurrente cita con profusión. El Tribunal Supremo se limita a resolver y a dejar sin efecto lo que constituya exceso en el laudo, pero sin corregir sus deficiencias u omisiones y sin posibilidad de discutir el mayor o menor fundamento de lo resuelto por todas (Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 1987).

En este sentido se hace necesario afirmar que la Ley 34/1984, de 6 de agosto, de Reforma Urgente de la LEC, que modificó el art. 30 de la Ley de Arbitraje de 1953 y los arts. 1.729 a 1.736 de la Ley procesal, no ha alterado en modo alguno el sistema descrito ni, por ello, ha afectado a la función de la Sala Primera del Tribunal Supremo en lo que se refiere a la resolución del recurso de nulidad por

⁹⁷ BOE 12.4.1988

haber resuelto los árbitros puntos no sometidos a su decisión. Pese a la redacción defectuosa del art. 1.736 nuevo de la LEC (“Si el recurso fuere estimado sólo por haber resuelto los árbitros puntos no sometidos a su decisión, o por haber omitido puntos que debieron resolverse, la Sala Sentenciadora se pronunciará únicamente sobre los puntos en que consista el exceso o la omisión, también con libertad de criterio en cuanto a las costas del recurso”), es evidente que la interpretación y aplicación que a tal precepto pudiera darse no puede variar y menos suprimir el orden jurisdiccional establecido y, dentro de él, alterar la competencia concreta de los órganos judiciales o, en el caso, extrajudiciales. Es decir, que su referencia a la libertad de criterio lo es a la atribución de las costas, mas no al fondo del laudo, porque ello supondría transferir a Jueces de Derecho facultades no atribuidas ni por la Ley ni por los contratantes que designaron a los árbitros, dirigidas a la solución del conflicto por vía de equidad y no por los postulados estrictos del Derecho”.

Vemos pues que el tribunal admite con toda claridad y evidencia la autonomía del arbitraje, respeta la resolución en que el laudo consiste y evita entrar en el fondo del asunto, por lo que queda asentado el arbitraje como remedio procesal autónomo perfectamente separado del orden jurisdiccional. Un negocio jurídico que partiendo de la autonomía de la voluntad construye un remedio de naturaleza semejante en todo punto a la jurisdicción.

5. Las dos fases del procedimiento arbitral (LA 1953) no se mezclan: Sentencia TC 233/1988

Analicemos la Sentencia 233/1988 de 2 de diciembre⁹⁸, recurso de amparo, plantea un caso curioso de indefensión por defectuoso emplazamiento pese a que hubo actuaciones del recurrente en amparo tanto en el momento de la formalización del compromiso como del ulterior arbitraje. Y el rigor del Tribunal es notable ya que no admite ni la notificación por edictos (en cuanto a la formalización judicial del compromiso) ni en cuanto a la comparecencia realizada durante el resto del procedimiento, otorgándose el amparo.

Interesa recordar un aspecto que tiene indudable repercusión en el procedimiento arbitral.

“Es cierto que compareció ante el Árbitro y lo hizo con una doble finalidad: En primer lugar para hacer constar que se hallaba pendiente el incidente de nulidad de actuaciones y que hacia expresa reserva de las acciones que pudiera ejercitar contra la indefensión que se le había producido en el procedimiento seguido para la formalización del compromiso, y en segundo término, después de dejar constancia de dicha reserva de acciones, colaboró con el Árbitro presentando ante él mismo los escritos que estimó procedentes dentro de los límites que, sin su intervención, se habían señalado al Árbitro por el Auto del Juzgado de Betanzos. Finalmente, una vez dictado el laudo, interpuso contra él mismo el recurso de nulidad que autoriza la LEC, señalando como primer motivo, la nulidad de todo lo actuado por la indefensión producida en el procedimiento seguido para la formalización del arbitraje.”

Y añade, lo que es un aviso para navegantes en los arbitrajes:

⁹⁸ BOE 23.12.1988.

“Efectivamente, la STC 182/1987, lo mismo que otras muchas, declara que «no puede alegarse indefensión cuando el afectado no haya mostrado la debida diligencia o cuando haya tenido conocimiento del proceso aun sin haber sido personalmente emplazado», pero al no darse estos supuestos que, por afectar a un derecho fundamental han de examinarse restrictivamente y con el rigor que exige la naturaleza de los mismos, no cabe extender dicha doctrina a un caso en el que, como el que es objeto del presente recurso, ni hubo la pasividad que trasladaría al recurrente la causa de la indefensión denunciada, ni pudieron corregirse por su actuación posterior”.

Esta es la clave: la diligencia con la que actuó el recurrente. Y así concluye lapidariamente, en términos que han de ser bien conocidos de los árbitros en lo que se refiere a las garantías procesales del arbitraje que existen dos fases (una judicial que no siempre se da y una arbitral) y que los defectos de la primera no pueden ser sanados en la segunda:

“Por muy amplio que sea el concepto del procedimiento arbitral, hay que distinguir dos fases perfectamente diferenciadas: Una judicial, no siempre necesaria, que tiene por objeto la formalización de la escritura, la designación del Árbitro, el objeto del compromiso y el plazo para dictar el laudo, y otra extrajudicial seguida entre el Árbitro designado que, ateniéndose a los términos de la escritura que han de ser los que figuren en la resolución judicial, conduce al laudo resolutorio de la controversia. Pues bien, las garantías procesales omitidas en las actuaciones judiciales no pueden ser salvadas ante el Arbitro, porque ni éste tiene competencia para corregir o suplir lo decidido por el Juzgado en el Auto que ordena la formalización del compromiso, ni ante aquél podrían hacerse valer los derechos que, en orden a su nombramiento, objeto del compromiso y demás excepciones, hubieran podido ser alegadas en el procedimiento judicial. De ahí que, como ya hemos dicho, la actuación del recurrente en el procedimiento arbitral propiamente dicho, se hallaba condicionada por la Resolución judicial precedente que le impedía ejercitar el derecho de defensa con la amplitud que requiere los términos imperativos del art. 24.1 CE —«sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión»—, y que la jurisprudencia de este Tribunal viene exigiendo en todas y cada una de las diferentes actuaciones judiciales o fases de los distintos procedimientos o recursos.”

Tiene esta Sentencia valor —en la fase incipiente en la que se encontraba el arbitraje en España— de delimitar constitucionalmente las fases en que podía encontrarse un arbitraje y que permite afirmar la estanqueidad entre el procedimiento judicial y el arbitral, sin que el árbitro pueda suplir con su actuación la defectuosa previa del judicial. Si bien ya no existe esa bifásica consolidación del arbitraje tras la desaparición del compromiso instituido en la LA 1953, lo cierto es que la designación judicial de los árbitros continúa vigente y pueden darse en la actualidad situaciones comprometidas que requieran una actuación judicial previa al inicio del arbitraje en las que esta Sentencia cobre su entero valor.

IV. Delimitación de las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas

1. Problemas constitucionales de la reserva de materias

En esta continua glosa de sentencias, destacamos la Sentencia 15/1989, de 26 de enero⁹⁹ recursos de inconstitucionalidad, que confirma que el arbitraje en su totalidad es competencia del Estado sin que pueda ser regulado por la Comunidad Autónoma por aplicación de los arts. 149.1.6 y 8 CE.

Por su parte, la Sentencia 56/1990, de 29 de marzo¹⁰⁰ recaída en recursos de inconstitucionalidad frente a determinados preceptos de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, aborda directamente una institución administrativa encargada, al menos materialmente, de producir arbitrajes y plantean en este punto lo que supone la supresión de los Tribunales Arbitrales de Censo.

Y resulta de interés ya que se dilucida, exactamente, si tales Tribunales Arbitrales son parte de la Administración Pública, en la veste que ya hemos relatado como “Pretor Peregrino”, o forman parte del Poder Judicial. Una y otra postura, eran defendidas por recurrentes y recurridos.

El Tribunal Constitucional rechazó que se trataran de órganos arbitrales al considerar que pese a su *nomen iuris*, tales tribunales “arbitrales” eran verdaderos órganos jurisdiccionales por lo que la competencia reside en el Estado al ser materia procesal *ex art.* 149.1.6 CE:

“Los Tribunales Arbitrales de Censos, pese a su denominación, se configuran en la citada Ley de 31 de diciembre de 1945 como auténticos órganos jurisdiccionales.

En efecto, su art. 46 atribuía a los Tribunales que crea en cada una de las provincias catalanas el conocimiento «con carácter exclusivo» de los asuntos que se planteasen en los respectivos territorios con ocasión de las divisiones y redenciones de censos, determinación de pensiones, valoración de prestaciones, estimación de fincas a los efectos de redención, fijación de laudemios y sus distribución, y, en general, de cuantas cuestiones fueran objeto de la propia Ley o hicieran referencia a su aplicación. Es decir, establecía la obligación de las partes, en los casos taxativamente determinados por la Ley, de acudir a los Tribunales Arbitrales de Censos, cuya intervención, por tanto, no respondía a un acto voluntario de sumisión o sometimiento a su decisión, inherente al método específico de heterocomposición dispositiva del conflicto en que consiste la institución arbitral, sino a reglas propiamente atributivas de competencia objetiva y territorial.”

En suma, en términos de la STC 43/1988 (fundamento jurídico 4.º), no se trataba del reconocimiento legal a que por obra del principio de autonomía de la voluntad de los particulares pudiera optarse por la jurisdicción de unos árbitros, renunciando a la jurisdicción estatal, sino de la creación de unos órganos del Estado que ejercían una jurisdicción especial (STS de 4 de noviembre de 1970), a quien, pese a la expresada calificación legal, les correspondía dictar y ejecutar Sentencia; proviniendo su singularidad de su composición (arts. 47 y 48), ámbito material y territorial de su

⁹⁹ BOE 20.2.1989.

¹⁰⁰ BOE 4.5.1990.

competencia (art. 46), y desenvolvimiento procesal (art. 49), en el que supletoriamente regía la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Se declara, pues, que son órganos de naturaleza procesal donde el Estado tiene competencia exclusiva. Además, el propio fundamento del arbitraje es también materia reservada al Estado por lo que el recurso de inconstitucionalidad en el que se cuestionaba nada menos que la legalidad de la LOPJ estaba, en este aspecto, abocado al fracaso. Sin embargo, vemos que en dicho momento no lo consideró así la Generalidad de Cataluña al basar su recurso en la naturaleza arbitral de dichos tribunales y considerar que tenía competencia en virtud de su Estatuto de Autonomía para regular estos tribunales.

La Sentencia 118/1996, de 27 de junio¹⁰¹ Pleno del Tribunal Constitucional en los recursos de inconstitucionalidad. El art. 38.4º de la LOTT prevé que las Juntas Arbitrales realizarán, además de la función de arbitraje, “cuantas actuaciones les sean atribuidas”, reconociendo en todo caso la competencia estatal en el ámbito del arbitraje.

Así lo declara también la Sentencia 146/1996, de 19 de septiembre¹⁰², recurso de inconstitucionalidad. Pleno del Tribunal Constitucional, Ponente el magistrado Manuel Jiménez de Parga y Cabrera. Reitera la Sentencia la naturaleza procesal, a efectos de fundamentación constitucional y consecuente atribución al Estado de tal competencia, del orden arbitral, en este caso, valga la paradoja, reforzando la competencia judicial como eminentemente estatal. Nos indica así esta Sentencia:

“En este sentido, no es ocioso recordar que el Tribunal Constitucional ya tuvo ocasión de declarar en relación con el establecimiento de un sistema de arbitraje, que, en tanto que equivalente jurisdiccional, a través del cual se pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, era materia propia de la legislación procesal civil (art. 149.1.6º CE), relacionada, en cuanto a los efectos del laudo arbitral y al sistema de recursos, con la Administración de Justicia [SSTC 15/1989, fundamento jurídico 9º.b); 62/1991, fundamento jurídico 5º].”

Se consolida, pues, la competencia estatal en materia de legislación arbitral.

2. Invasión de competencias por parte del Estado

Examinamos a continuación una Sentencia dictada tras un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Comunidad de Madrid y de nuevo ante un supuesto de arbitraje administrativo en el que el tribunal sin grandes disquisiciones da por supuesta su adecuación constitucional. Pero lo que preocupa esencialmente al recurrente y por ende al Tribunal es el título competencial. En este caso sería el Estado quien habría invadido competencias autonómicas –según la Comunidad de Madrid– por la promulgación del Real Decreto–ley 1/2009, de 23 de febrero, indica en su Art. 4. “Creación y puesta en funcionamiento de la Oficina de Defensa del Consumidor”, que tiene por objeto: “b) Resolver controversias entre operadores del sector energético y

¹⁰¹ BOE 29.7.1996.

¹⁰² BOE 21.10.1996.

consumidores de productos energéticos. Esta función de arbitraje tendrá carácter voluntario para las partes”.

Esta es la Sentencia 142/2014, de 11 de septiembre Pleno del Tribunal Constitucional¹⁰³ recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Letrado de la Comunidad de Madrid contra los artículos 4 y 5 (capítulo III) del Real Decreto-ley 1/2009, de 23 de febrero, de medidas urgentes en materia de telecomunicaciones.

El recurso fue rechazado, si bien la verdadera discusión se centraba en si se trataba de un caso de urgente necesidad, como exige todo Decreto-Ley. Y se afirmó que ante una exigencia de intervención perentoria, cada Administración puede ejecutar sus competencias “*siempre dentro de su espectro*”, dice el texto Sentenciador. Y por ello, serían competencias concurrentes. En todo caso, a nuestro juicio, no cabría atribuir por vía de legislación autonómica competencias arbitrales a ninguna Administración. Corresponde en exclusiva al Estado.

3. Utilización de mecanismos de ejecución de la mediación y conciliación en el ámbito de las competencias del Estado

Hemos de referirnos a una Sentencia polémica, que también afectó tangencialmente al arbitraje, como es la famosa Sentencia 31/2010, de 28 de junio Pleno del Tribunal Constitucional¹⁰⁴, recurso de inconstitucionalidad interpuesto por noventa y nueve Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña.

En esta capital Sentencia recaída sobre el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña, solo se plantea si, en la redacción de la nueva norma institucional básica de dicha Comunidad Autónoma, la utilización de mecanismos de ejecución de la mediación y conciliación, suponen intervenir en la competencia del Estado.

“50.b Para el Abogado del Estado, el apartado 1 del art. 106 es conforme con la doctrina de la STC 97/2001, de 5 de abril, FFJJ 5 y 6, según la cual la competencia estatal pertinente para la ordenación administrativa de la asistencia jurídica gratuita no pertenece a la materia del art. 149.1.5 CE, sino a la de la regla 18 del mismo precepto. Por lo que hace al apartado 2, afirma el Abogado del Estado que la mediación y conciliación a que se refiere son las extrajudiciales, siempre que no constituyan un presupuesto procesal, ya que en tal caso quedarían incluidas en la competencia del Estado contemplada en el art. 149.1.6 CE. Dado que, con el citado alcance, mediación y conciliación se basan en la intervención de terceros para lograr la autocomposición de un conflicto, aunque puedan servir para evitar litigios judiciales, no podría oponerse ningún reparo competencial al art. 106.2, pues la creación de sistemas de mediación y conciliación se ciñe a las competencias de la Comunidad Autónoma, ya que, frente a lo que este Tribunal ha dicho del arbitraje, la mediación y conciliación extrajudiciales que no constituyan presupuesto procesal no pueden conceptuarse como un equivalente jurisdiccional”.

Por lo que concluye lapidariamente la Sentencia:

¹⁰³ BOE 7.12.2014.

¹⁰⁴ BOE 16.7.2010.

“Por su parte, el art. 106.2 EAC no incluye necesariamente entre “los instrumentos y procedimientos de mediación y conciliación en la resolución de conflictos” aquellos que, como el arbitraje, comportan un equivalente jurisdiccional o constituyen un presupuesto procesal para el ejercicio de la jurisdicción, de manera que, así entendidos, referidos a fórmulas de autocomposición extrajudicial, como la conciliación o la composición, aquellos instrumentos y procedimientos no merecen objeción alguna en su confrontación con el art. 149.1.5 y 6 CE.

En consecuencia, ha de desestimarse la impugnación del art. 106 EAC”

En definitiva, pues, se distingue entre lo que es propiamente legislación procesal, reservada al Estado, de otros medios de resolución de disputas que no gozan de ese carácter de equivalente jurisdiccional y por tanto las Comunidades Autónomas tienen competencia para regular sobre los mismos. También se distinguirá la legislación procesal de la gestión del arbitraje, donde se admite en la Sentencia que puedan ser materias gestionadas por las Comunidades Autónomas. Lo cual es conveniente para los supuestos de arbitrajes sectoriales como consumo o transportes donde, incluso las diferencias provinciales, tienen sus propias “Juntas” o “Tribunales” y permiten así acercarlas al ciudadano.

Estos razonamientos se extienden a otras regiones. Como resuelva la Sentencia 102/2018, de 4 de octubre¹⁰⁵ del Pleno, tiene por objeto evaluar la constitucionalidad de dos artículos del Estatuto de los consumidores y usuarios de la Región de Murcia en los que la administración participaría como mediador (en realidad, aunque se emplea ese término, sería más acertado el de “conciliador”).

La situación queda bien descrita en la propia Sentencia:

“F.J.1. Los nuevos arts. 59 bis y 59 ter de la Ley 6/2015, de 24 de marzo, de la vivienda de la Región de Murcia (Ley de vivienda, en lo sucesivo), introducidos por el art. 1, apartados décimo y undécimo, de la Ley 10/2016, regulan un mecanismo orientado a resolver las situaciones de sobreendeudamiento derivadas de una relación de consumo sobre una vivienda habitual, mediante un procedimiento de mediación extrajudicial gestionado por las denominadas “comisiones de sobreendeudamiento”, que actuarán con sujeción al procedimiento administrativo, con amplias facultades de decisión, incluida la capacidad de establecer un plan de pagos o un plan de reestructuración de la deuda, quedando sus decisiones sujetas a revisión jurisdiccional. Este procedimiento pueden iniciarlo “los consumidores que se encuentren o puedan encontrarse en una situación de insolvencia derivada del pago de la vivienda” (art. 59 bis.3) o pueden solicitar su inicio “los consumidores que se encuentren en una situación de sobreendeudamiento derivada de una relación de consumo en relación con su vivienda habitual, así como cualquiera de sus acreedores” (art. 59 ter.1). Por su parte, el nuevo art. 19 bis del Estatuto de los consumidores y usuarios de la Región de Murcia, añadido por el apartado segundo del art. 2 de la Ley 10/2016, permite, en situaciones de sobreendeudamiento derivado de relaciones de consumo, acceder a un procedimiento de mediación al que se someterán las entidades adheridas al convenio que a tal fin se redacte según lo establecido en el desarrollo reglamentario y que se sustanciará ante las comisiones de sobreendeudamiento. Queda abierta la correspondiente vía judicial para el supuesto de no alcanzar acuerdo entre consumidor y acreedores.

La razón de la impugnación se centra en la inconstitucionalidad de dichos mecanismos orientados a resolver las situaciones de sobreendeudamiento mediante un procedimiento de mediación extrajudicial cuya introducción que se entiende contraria a las competencias estatales en materia de legislación procesal y civil de los arts. 149.1.6 CE y 149.1.8 CE”.

¹⁰⁵ BOE 1.11.2018.

Con realismo y correcta metodología, el Tribunal Constitucional atiende a la realidad ofrecida dentro del contexto y espíritu de la norma, más allá del *nomen iuris*. Ello obliga a atender “al contenido de los preceptos controvertidos”, así como “al carácter, sentido y finalidad de las disposiciones traídas en conflicto” (STC 45/2015, de 5 de marzo, FJ 3), buscando así, ideal y materialmente, la verdadera calificación de las actuaciones legislativas de la Comunidad Autónoma.

Así lo expresa:

“F.J. 3. Por tanto, desde un punto de vista general, habrá que atender a “la finalidad sustantiva principal, a la cual se orienta la disposición en entredicho” [STC 54/2018, de 24 de mayo, FJ 6 a)]. Conforme a dicha premisa, podemos considerar que el objeto y finalidad de la regulación que ha sido impugnada es la protección de los consumidores y usuarios, pues el fin que persiguen las normas, la introducción de procedimientos extrajudiciales para resolver situaciones de sobreendeudamiento derivadas de una relación de consumo, puede entenderse amparada en la competencia autonómica en materia de defensa de los consumidores y usuarios”.

Interesa recordar el precepto clave impugnado, ya que nos recordará un supuesto de estricta aplicación de la consideración de la Administración Pública como mediador o conciliador entre particulares.

Indicaba así el mencionado precepto:

“Art. 59 bis [...]

Los consumidores que se encuentren o puedan encontrarse en una situación de insolvencia derivada del pago de la vivienda podrán iniciar el procedimiento de mediación extrajudicial previsto en la presente ley y en su posterior desarrollo reglamentario, que será de aplicación a todas las personas físicas residentes en la Región de Murcia.

1. Los consumidores que se encuentren en una situación de sobreendeudamiento derivada de una relación de consumo en relación con su vivienda habitual, así como cualquiera de sus acreedores, podrán solicitar el inicio del procedimiento de mediación establecido en el art. 59.bis de la presente ley para la resolución de dicha situación de sobreendeudamiento, salvo que se encuentren inmersos en un procedimiento judicial concursal.

2. Los procedimientos de mediación para la resolución de situaciones de sobreendeudamiento serán gestionados por comisiones de sobreendeudamiento, que actuarán con sujeción al procedimiento administrativo, con amplias facultades de decisión, incluida la capacidad de establecer un plan de pagos o un plan de reestructuración de la deuda. Las resoluciones de las comisiones de sobreendeudamiento serán creadas y se regirán por el correspondiente desarrollo reglamentario de la presente ley y quedarán sujetas a la revisión del juez competente.

3. Si durante la tramitación del procedimiento de mediación para la resolución de una situación de sobreendeudamiento se inicia un procedimiento judicial concursal, el deudor debe comunicarlo a la comisión de sobreendeudamiento, que procederá al archivo del procedimiento de mediación”.

Como puede observarse, se trata de un procedimiento administrativo iniciado por el deudor hipotecario, por lo que concluye el Tribunal Constitucional afirmando que:

“No existe, por tanto, la obligación de someterse a dicho procedimiento, ni se ven afectadas las competencias estatales, en particular, la regulación del concurso de acreedores... el mecanismo

diseñado por el legislador murciano no es un verdadero procedimiento autocompositivo, que es lo propio de la mediación. Los acuerdos se sujetan a la revisión jurisdiccional, configurando con ello un procedimiento heterocompositivo que excede los límites inherentes a la configuración institucional propia de los procedimientos de mediación”.

E interesa, finalmente, por su carácter prescriptivo, muy revelador de lo que constituyen los límites de estas técnicas frente a la legislación procesal de indudable carácter estatal, concretar con el alto Tribunal lo que esta técnica administrativa supone.

Indica así el F.J. 4 c):

“El que no se trate de una mediación propiamente dicha no provoca, solo por esa razón, la vulneración competencial que se denuncia. Se trata, pese a su denominación, de un procedimiento administrativo al que se someten dos interesados que tienen intereses contrapuestos y a cuyo remedio debe contribuir la Administración Pública facilitando soluciones conciliatorias o de mediación. Así, un tercero, en este caso la propia Administración Pública, facilita a deudor y acreedor alcanzar un acuerdo, sobre la premisa de que se trata de un procedimiento voluntario de resolución de conflictos, en aras a garantizar los intereses de los consumidores en relación con la vivienda, pero en el que, si el acreedor se niega a participar voluntariamente, no habrá aplicación de procedimiento alguno. A este mismo procedimiento alude el art. 4.c).6 de la Ley de vivienda, que configura como uno de los principios de orden administrativo que ha de regir la intervención de las administraciones públicas en esta materia, el de facilitar “la aplicación de medidas contra el sobreendeudamiento relacionado con la vivienda habitual por medio del procedimiento extrajudicial para la resolución de situaciones de sobreendeudamiento derivada de una relación de consumo”. Y también su art. 5.3, al considerar que se integra en las facultades que forman parte de la política autonómica en la misma materia “el desarrollo y ejecución de una política en materia de consumo que incluya, entre otras, la creación y aplicación de un procedimiento extrajudicial para la resolución de las situaciones de sobreendeudamiento en tanto en cuanto no genera nuevas obligaciones civiles o mercantiles, ni consisten en un sistema de arbitraje”.

Con toda evidencia, se excluye que nos encontremos ante una Mediación. Se habla, indistintamente, de mediación y conciliación. En definitiva, como en tantas ocasiones, la Administración asume la veste que hemos calificado de *Pretor Peregrino*. Esto es de un órgano u organismo de referencia, con alcance y finalidad pacificadora, que mezcla técnicas de persuasión, negociación, conciliación, incluso apuntando a la mediación, pero no al arbitraje, está practicando cuantos instrumentos tiene o desea tener, para poner fin a situaciones controvertidas socialmente, en las que resulta fácil que estallen conflictos de distinto alcance y naturaleza.

Vemos pues como estas técnicas tienen largo aliento, procuran apuntar sus raíces en esa “procura existencial” que veíamos de mano de E. Forsthoff, y al final, en parte democráticamente, en parte autoritariamente, no permanece la Administración indiferente a tales eventuales controversias, sino que, cumpliendo un papel propio de esta sociedad participativa y deliberativa, en la que existen comunidades de personas capaces de unirse en torno a una reivindicación de impacto, la Administración quiere asumir un nuevo papel.

V. Analogías y diferencias entre decisiones judiciales y arbitrales

1. Régimen de notificaciones: Auto TC 301/2005, de 5 de julio

Una interesante aportación es la establecida por el Tribunal Constitucional al definir y calificar con notable corrección las diferencias existentes entre el quehacer de los árbitros y el de los jueces, con las respectivas diferencias entre el laudo arbitral y la Sentencia judicial, al decir del Auto 301/2005, de 5 de julio, Cuestión de inconstitucionalidad 2771–2005. Inadmite a trámite por infundada la cuestión de inconstitucionalidad 2771–2005, planteada por la Audiencia Provincial de Madrid, en relación con el art. 5 a) de la Ley 60/2003, 23 de diciembre, de arbitraje.

Interesa referirse a esta resolución del Tribunal Constitucional por cuanto se va a utilizar para exigir igualmente que en el arbitraje se cumplan con los requisitos de flexibilidad que impone el devenir de cualquier proceso, sea arbitral o judicial. Y el tema se centra en el problema de las notificaciones, donde, cómo vamos a ver, esa aportación de flexibilidad puede estar ligada inclusive a derechos fundamentales. Insiste la resolución en que si existen infracciones presuntas de derechos fundamentales en el curso del proceso arbitral, no son remediabiles en amparo. De nuevo sería, en su caso y si se dan las circunstancias, la vía ulterior e indirecta de acudir en amparo contra la decisión judicial que pudiera darse contra la misma si es irracional o flagrantemente grosera con el enjuiciamiento de tales derechos. Desde luego si no es así, no cabe siquiera esa vía indirecta. Son absolutamente distintos pese a ciertas coincidencias y similitudes los elementos que conforman una Sentencia judicial y un auto arbitral.

Y esto, asimismo tiene que aplicarse cuando el árbitro es la Administración Pública. Veremos después la importancia que reviste de cara a las Administraciones y su posible juego en el papel de árbitros.

El art. 5 a) de la LA 2003 establece que las partes pueden convenir la forma en la que se practiquen las comunicaciones “arbitrales”. Con exclusión, para más inri, de la forma de comunicar los actos dentro de un procedimiento judicial:

“Salvo acuerdo en contrario de las partes y con exclusión, en todo caso, de los actos de comunicación realizados dentro de un procedimiento judicial, se aplicarán las disposiciones siguientes:

a) Toda notificación o comunicación se considerará recibida el día en que haya sido entregada personalmente al destinatario o en que haya sido entregada en su domicilio, residencia habitual, establecimiento o dirección. Asimismo, será válida la notificación o comunicación realizada por télex, fax u otro medio de telecomunicación electrónico, telemático o de otra clase semejante que permitan el envío y la recepción de escritos y documentos dejando constancia de su remisión y recepción y que hayan sido designados por el interesado. En el supuesto de que no se descubra, tras una indagación razonable, ninguno de esos lugares, se considerará recibida el día en que haya sido entregada o intentada su entrega, por correo certificado o cualquier otro medio que deje constancia, en el último domicilio, residencia habitual, dirección o establecimiento conocidos del destinatario.

b) Los plazos establecidos en esta ley se computarán desde el día siguiente al de recepción de la notificación o comunicación. Si el último día del plazo fuere festivo en el lugar de recepción de la

notificación o comunicación, se prorrogará hasta el primer día laborable siguiente. Cuando dentro de un plazo haya de presentarse un escrito, el plazo se entenderá cumplido si el escrito se remite dentro de aquél, aunque la recepción se produzca con posterioridad. Los plazos establecidos por días se computarán por días naturales.”

Se plantea, en este asunto, la inconstitucionalidad del citado precepto por infringir los arts. 9, 14 y 24 CE. El asunto cursa de la siguiente forma (i) AEADE interpuso demanda de ejecución forzosa de un laudo; (ii) el JPI 40 de Madrid inadmitió a trámite la ejecución por la falta de notificación del laudo conforme a lo previsto en el artículo 37.7 LA 2003 y la Audiencia Provincial de Madrid planteó la cuestión de inconstitucionalidad del artículo 5 LA.

El Fiscal General del Estado avaló la constitucionalidad del precepto por las diferencias entre arbitraje y jurisdicción en términos que merecen destacarse.

“La conclusión que cabe extraer, siempre en opinión del Fiscal General del Estado, es que “aunque exista semejanza entre el Laudo Arbitral y la Sentencia, no son idénticos, ni siquiera equiparables a los efectos de exigir una misma regulación para los actos de comunicación de tales resoluciones, fundamentalmente, por la relevancia que en el primer caso debe atribuirse a la voluntad de las partes”. Ello refuerza la licitud constitucional de la diferencia de tratamiento, pues se ampara en una distinción objetivamente justificada (STC 110/1993, FJ 4). La simplificación del sistema de notificaciones de los Laudos debe ponerse en conexión con la simplificación de todo el procedimiento arbitral, del que es lógico correlato.”

En definitiva, la cuestión de constitucionalidad albergaba una posición muy rígida, procesalista al máximo, con sistema de notificaciones más propias de las exigencias a un Procurador de los Tribunales que al flexible sistema arbitral. El TC inadmite la cuestión de inconstitucionalidad al considerar que el Auto de la Audiencia Provincial en realidad planteaba un *“juicio de calidad o perfectibilidad de la norma legal”* que no le correspondía efectuar al TC.

Hay que reflexionar sobre la posible aplicación de esta doctrina a los arbitrajes administrativos, donde se plantea un problema envergadura, ya que los órganos administrativos, pensemos en la CNMC como organismo arbitral típico, tienen un sistema de notificaciones regido por la Ley de Procedimiento Administrativo, Ley 39/2015.

Con lo cual, se cuestiona si en estos aspectos concretos, cuando actúa como árbitro, podría exonerarse de tal sistema de notificaciones. Notemos que están en juego temas de importancia, como la eventual responsabilidad de la Administración, las garantías de los administrados con proyección inclusive sobre la transparencia administrativa, la propia legislación de procedimiento como complemento fundamental de la arbitral en estos casos y así sucesivamente. No obstante, en teoría arbitral, la preferencia una vez más tendría que darse a la forma convencional auspiciada por la LA 2003 y a la jurisprudencia que la interpreta, con lo cual, cuando un órgano administrativo actúe como árbitro deberá regirse primero por lo pactado por las partes, después por su propia normativa –pensemos en un reglamento que regule la forma de notificación– y ya subsidiariamente por lo dispuesto en la LA 2003 que actuará como norma supletoria. Pues si tras arduos debates, resulta que el Tribunal Constitucional, las Salas Primera y Tercera del Tribunal Supremo y son contestes en que cuando la Administración

arbitra, realmente es un árbitro regido por la Ley de Arbitraje, ello es con todas sus consecuencias.

2. Verificación de la existencia del convenio arbitral

En el Auto 176/2005, de 5 de mayo, el TC inadmite un recurso de amparo por la motivación de la Sentencia impugnada al declinar su competencia por existencia de un convenio arbitral.

Dice así el texto más relevante:

“Basta una atenta lectura de la Sentencia impugnada en amparo para comprobar que no se produce el pretendido error material que denuncia el recurrente, pues la Sala, contrariamente a lo alegado, lo que manifiesta en la Sentencia es su discrepancia con la argumentación del Tribunal de apelación por considerar técnicamente improcedentes las consideraciones que efectúa éste sobre la falta de firmeza del laudo (pendiente del recurso de anulación en el momento en que se dicta la Sentencia de apelación que luego fue casada por la Sentencia que ahora se impugna) como razón justificativa de su propia competencia para conocer del asunto. Para la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo este criterio no puede compartirse, por ser contrario al art. 11 LA de 1988, pues lo determinante de la competencia de la jurisdicción ordinaria no es si el laudo arbitral ha sido o no objeto del recurso de anulación, y por tanto si es o no firme, sino la existencia misma del compromiso de someter la cuestión litigiosa a arbitraje y la oportuna invocación de dicha cláusula como excepción procesal por los demandados. De forma que, existiendo la cláusula arbitral y habiendo sido excepcionada en el momento procesal oportuno, considera que la jurisdicción ordinaria carecía de competencia para conocer de la cuestión litigiosa, lo que determina, en definitiva, al acoger la excepción, la desestimación de la demanda con absolución de los demandados en la instancia sin entrar en el fondo del asunto.”

Previamente a esta interesante resolución, la Sentencia 68/1986, de 27 de mayo (Recurso de amparo)¹⁰⁶ se refiere a un caso de incomparecencia ante el Instituto de Mediación, Arbitraje y Conciliación, indicando con claridad que una citación es válida si llega a su destinatario, incluida la modalidad edictal.

3. Ámbito de aplicación de la prueba: Auto TC 701/1988, de 6 de junio

En el Auto 701/1988, de 6 de junio, el Tribunal Constitucional establece que los árbitros tienen un ámbito procesal lejano y distinto del de los Jueces, especialmente a efectos de incluir en el instituto arbitral todo el amplio encaje de pruebas y demás elementos que conducirían a una aplicación del principio de tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 CE. Y así, tempranamente, se advierte que lo que produciría indudable repercusión constitucional si lo hiciera un Juez, no se compadece con la libertad y flexibilidad predicable del arbitraje. Corresponde al ciudadano elegir, y si opta por el sistema arbitral, tiene que aceptarlo con todas sus consecuencias,

¹⁰⁶ BOE 17.6.1986.

olvidándose en gran medida del aparato judicial clásico, inclusive desde la perspectiva de los derechos fundamentales.

Indica así:

“1. En consecuencia con tales ideas, el art. 29 de la Ley de arbitraje de Derecho Privado establece que «el procedimiento en caso de equidad no tendrá que someterse a formas legales», y dispone, en su párrafo 2.º, que «los árbitros deben dar a las partes la oportunidad adecuada de ser oídas y de presentar pruebas», lo que es entendido por autorizados sectores doctrinales en el sentido de que el precepto faculta a las partes para presentar las pruebas, pero que no vincula a los árbitros a la ejecución de cualesquiera otros medios de prueba propuestos habiendo de señalarse, además, que acerca de la admisibilidad o pertinencia decidan los árbitros, sin que contra su resolución quepa recurso alguno, que es, en síntesis, lo que en este caso ocurrió, pues el árbitro no consideró pertinente la prueba y fundó su resolución de manera razonada, argumentando su decisión, lo que fue, en definitiva, corroborado por el Tribunal Supremo de Justicia, sin que competa a esta jurisdicción dirimir la divergencia entre la apreciación del árbitro y la de la parte litigante o la que exista entre esta última y el Tribunal Supremo de Justicia.

2. Todo ello obliga a entender que el presente recurso de amparo carece de un contenido constitucional suficiente y que le es aplicable el art. 50.2 b) de la Ley Orgánica de este Tribunal.”

Ello es confirmación de una tendencia clara que ya tenía apoyo inclusive cuando se ventilaban supuestos basados en la ley de arbitraje privado de 22 de diciembre de 1953, del que es un ejemplo el precedente Auto 954/1987, de 22 de julio cuando indica:

“El derecho a la tutela judicial efectiva se obtiene por los cauces legales establecidos, y solo garantiza el acceso a los recursos judiciales previstos en cada caso por el ordenamiento jurídico (Autos de 30 de julio y 5 de noviembre, entre otros muchos) sin que, por otra parte, en materia civil sea constitucionalmente obligado que el legislador establezca posibilidad de impugnación para todo tipo de resoluciones; por tanto, ante la explícita exclusión de recurso, que para la decisión judicial de formalización del compromiso arbitral contiene el art. 10.5 de la citada Ley de 22 de diciembre de 1953, no es posible, utilizando criterios analógicos como se sostiene en la demanda, acudir a la aplicación de las previsiones impugnatorias establecidas en los arts. 741 y siguientes de la LEC para la tramitación de los incidentes, ni tampoco hay motivos para poner en duda, en este punto, la constitucionalidad del referido precepto de la Ley de Arbitraje”.

Resoluciones, pues, que se apoyan en la distancia entre arbitraje y jurisdicción ordinaria para razonar sobre la irrelevancia constitucional de las rigideces procesales exigidas en amparo.

VI. El principio de unidad jurisdiccional y la acomodación del arbitraje administrativo

1. Virtualidad de un órgano de naturaleza administrativa encargado de funciones de arbitraje: Sentencia TC 196/1997, de 13 de noviembre

Son varias y variadas las consecuencias que en relación con los arbitrajes que administra (valga la redundancia) la Administración Pública pueden extraerse.

En primer lugar, cabe arbitraje en asuntos que están más o menos cercanos al peritaje, lo cual, por cierto, y como veremos con detenimiento en su momento, incluye los supuestos de acceso de terceros a las redes de servicios públicos y los problemas de interconexión típicos de aquel organismo administrativo y donde realmente la diferencia entre el arbitraje y la pericia, quizás sea la línea que divide aquellos. De otro lado, interesa ya recordar que los plazos y términos aplicables a cada caso son los propios de la LA 2003 salvo pacto en contrario o norma especial que establezca un plazo diferente. Lo importante es que se hará abstracción de todo plazo propio del procedimiento administrativo cuando la Administración realice un arbitraje puro. Asimismo, los sujetos arbitrados ejercen en el arbitraje ante las Administraciones Públicas un tipo de arbitraje *pari passu* con cualquier arbitraje lo que supone que, como la tutela judicial efectiva es un derecho fundamental de prestación, por cuanto solo se realiza a través de los cauces procesales previstos en las leyes y no directamente desde la Constitución Española como sería el caso de los derechos fundamentales de libertad. Por tanto, será la legislación específica del ente regulador la que establezca las especialidades y complementos de ese arbitraje, tales como, por ejemplo, la designación de los árbitros, y el grueso de la aplicación será resueltamente la Ley 60/2003.

Interesa la siguiente resolución del Tribunal Constitucional ya que en la Sentencia hace su aparición un órgano de naturaleza administrativa encargado de funciones de arbitraje. Y queda en juego la calificación del arbitraje administrativo como actividad de ejecución o diferente de ésta. La Sentencia 196/1997, de 13 de noviembre (BOE nº 297, de 12 de diciembre de 1997) Pleno del Tribunal Constitucional, recursos de inconstitucionalidad acumulados sobre la Ley de Propiedad Intelectual.

El art. 143 LPI preveía la vía del arbitraje como instrumento para solucionar los conflictos que se puedan producir entre las entidades de gestión y las asociaciones de usuarios de su repertorio o entre aquéllas y las entidades de radiodifusión en aplicación del art. 142.1 y 2 LPI, creándose, a tales efectos, con el carácter de órgano colegiado de ámbito nacional, la Comisión Arbitral de la Propiedad Intelectual (hoy instituida en el art. 193 LPI).

El recurrente alega que no es un arbitraje incardinable en los arbitrajes de derecho privado dispuesto por la LA 1988 porque se coloca en manos de la administración potestades resolutorias:

“Para la recurrente el mencionado precepto establece un arbitraje que denomina institucional, en cuanto implica colocar en manos de un órgano de la Administración el ejercicio de funciones arbitrales, que no se corresponde con el arbitraje de Derecho Privado regulado en la Ley de 22 de diciembre de 1953 (hoy Ley de 5 de diciembre de 1988), existiendo diferencias fundamentales entre uno y otro. Así, de un lado, en el caso ahora considerado, es la propia norma legal y no las partes la que acota el arbitraje, que, por lo demás, no podrá recaer sobre todos los conflictos que pueda producir la aplicación de la L.P.I.; de otro, el procedimiento arbitral será el que se determine reglamentariamente y no el contemplado en la citada Ley de 22 de diciembre de 1953; y, en fin, la función de arbitraje se atribuye a un órgano ad hoc de la Administración y no a árbitros designados por las partes con carácter ocasional y para cada conflicto”.

A continuación, niega la naturaleza arbitral de estos procedimientos por oponerse al principio de unidad jurisdiccional (117.5º CE) y los califica de “funciones ejecutivas”:

“Desde la perspectiva competencial, estas actividades arbitrales no pueden tener otro calificativo que el de funciones ejecutivas, pues resulta a todas luces inviable considerarlas como legislativas o normativas, en tanto que en ningún supuesto innovarán el ordenamiento jurídico. Carecería de virtualidad jurídica entender este arbitraje administrativo como susceptible de ser englobado en la función jurisdiccional, ya que, en primer término, el arbitraje previsto en la L.P.I. tiene carácter facultativo y la decisión que adopte la Comisión no producirá los efectos de cosa juzgada y, en segundo lugar, porque la propia Constitución excluye la posibilidad del ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de otros órganos que no sean los Juzgados y Tribunales, de modo que cualquier norma que legitime la intervención de la Administración en el campo jurisdiccional será inconstitucional por oponerse al principio de unidad jurisdiccional”.

“El ejercicio concreto del arbitraje constituye, alega el Letrado del Gobierno Vasco, una actividad claramente incardinada en el círculo de funciones propias de ejecución, por lo que el mencionado precepto es también inconstitucional, dado que reserva a un organismo dependiente del Ministerio de Cultura, el desempeño de una actividad de naturaleza ejecutiva que corresponde a la Comunidad Autónoma del País Vasco en lo que atañe a los conflictos en los que participen las entidades de gestión que actúen en su ámbito territorial.”

Por su parte, la abogacía del Estado, sí se opone indicando que tales arbitrajes son institucionales (en el sentido de instituidos por una norma) y recuerda que se aplica la propia Ley de Arbitraje, por lo que cursarán en su calificación como tal arbitraje, no como una simple función ejecutiva. Y están habilitados por la disposición adicional primera de la LA 1988. Dice así:

“El art. 143 de la L.P.I. es, en su opinión, un eslabón más de la cadena de arbitrajes institucionales, cuyos más próximos precedentes son el art. 31 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios; el art. 34 de la Ley 33/1984, de 2 de agosto, de Ordenación de los Seguros Privados; y, en fin, los arts. 37 y 38 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres. Por su parte, la disposición adicional primera de la Ley 36/1988 de Arbitraje, declara que será de aplicación a los citados arbitrajes y los califica formalmente como tales. En efecto, tanto en aquellos supuestos como en el caso del art. 143 de la L.P.I. se trata de verdaderos y propios arbitrajes, cuya única singularidad es la preconstitución del órgano arbitral en virtud de una decisión del legislador, que se ve en la necesidad de delimitar la esfera de funciones del órgano arbitral, definiendo el tipo de controversias que le pueden ser sometidas. Pero la decisión de estos órganos es un verdadero laudo arbitral que reposa en la sumisión voluntaria de las partes y contra el que podrán utilizarse los mismos recursos previstos en la legislación general de arbitraje. No cabe, pues, invocar las reglas competenciales de los arts. 12.4, del E.A.P.V. y 11.3 del E.A.C.,

dado que las competencias de ejecución a las que se refieren estos preceptos son de ejecución administrativa y no de ejecución judicial de la Ley, pues las funciones arbitrales, aun prestadas por órganos encuadrados en la Administración, pertenecen materialmente a la esfera judicial de ejecución de la Ley y no a la *legis executio* propiamente administrativa. Si el arbitraje desde la perspectiva de los derechos fundamentales queda dentro del ámbito del art. 24 de la CE (STC 43/1988), desde el punto de vista del orden de competencias su regulación general ha de quedar comprendida en el art. 149.1. 6º CE, submateria legislación procesal, e incluso, para algunos aspectos orgánicos de su ordenación podría invocarse el del art. 149.1. 5º –Administración de Justicia–. Así pues, el art. 143 LPI. está amparado no sólo en el título competencial que al Estado reserva el nº 9º del art. 149.1º CE, sino también por sus nº 5º y 6º”.

Es importante seguir en este punto, al Tribunal Constitucional, por cuanto, planteándose la noción de arbitraje administrativo, esto es el realizado por un órgano de la Administración, resuelve que no forma parte de la simple calificación de ejecución administrativa, como sería el caso de un acto administrativo.

No es una función ejecutiva propia de la actividad gubernativa o administrativa que desempeña la Administración Pública. Es, bien al contrario, una actividad procesal, inclusive cuando resulte desempeñada por la Administración. Se separa así, ya y a partir de este momento, de decisiones anteriores que, como hemos visto, rechazaban, casi con repugnancia institucional que el arbitraje administrativo fuera un arbitraje genuino. De manera resuelta, con determinación, esta importante Sentencia incardina dentro de la función procesal todo el complicado ámbito del arbitraje administrativo que así, esencialmente, es reconocible como arbitraje. Y esto, para nuestra Tesis doctoral, es de primera importancia.

Oigamos directamente al Tribunal Constitucional (F.J. 12):

“La representación procesal del Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña y la del Gobierno Vasco entienden que, desde la vertiente competencial, las actividades arbitrales que contempla el referido precepto no pueden tener otro calificativo que el de ser consideradas funciones ejecutivas, por cuanto no se trata de otra cosa que de aplicar la L.P.I., de modo que la atribución de su ejercicio a un órgano único dependiente del Ministerio de Cultura vulnera el orden de competencias que resulta del bloque de constitucionalidad en materia de propiedad intelectual. Por su parte, el Abogado del Estado, en defensa de la constitucionalidad del precepto impugnado, aduce que está amparado no sólo en la competencia del Estado sobre legislación de la propiedad intelectual (art. 149.1.9ª CE), por constituir la creación de la Comisión Arbitral de la Propiedad Intelectual una opción sustantiva del legislador comprendida en su esfera de libertad política de configuración, sino también en los títulos competenciales del art. 149.1.5ª y 6ª de la CE, ya que la regulación del arbitraje ha de quedar comprendida en la “legislación procesal” e, incluso, en los aspectos orgánicos de su ordenación, en el título de “Administración de Justicia”.

El precepto recurrido instaura la vía arbitral como mecanismo de resolución de los conflictos que puedan suscitarse entre las Entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual y las asociaciones de usuarios o los entes de radiodifusión en las materias a las que se refiere el art. 142 de la L.P.I. Como señala el Abogado del Estado, es un eslabón más de la cadena de arbitrajes institucionales creados por el legislador, el cual se rige, además de por las propias previsiones del precepto y las disposiciones dictadas en su desarrollo (Real Decreto 479/1989, de 5 de mayo, por el que se regula la composición y el procedimiento de actuación de la Comisión Arbitral de la Propiedad Intelectual), por la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje (Disposición adicional primera). La competencia de legislación que al Estado atribuye el art. 149.1.9 CE, permite a éste, según hemos razonado, establecer el régimen jurídico completo de la propiedad intelectual y, por tanto, la instauración de este mecanismo para la resolución de los problemas que en él puedan plantearse. Pero es

que, además, la norma recurrida se inserta también a efectos competenciales, en el ámbito de la “legislación procesal” (art. 149.1.6ª CE) y en el de la “Administración de Justicia” (art. 149.1.5ª CE), como ya ha tenido ocasión de señalar este Tribunal, pues “siendo el arbitraje un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que de la jurisdicción civil, esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada, es evidente que la creación de órganos de naturaleza arbitral y el establecimiento de dicho procedimiento es materia propia de la legislación procesal civil, relacionada, en cuanto a los efectos del laudo arbitral y al sistema de recursos, con la Administración de Justicia” (SSTC 15/1987, fundamento jurídico 9º.b]; 62/1991, fundamento jurídico 5º). En consecuencia, han de rechazarse las pretensiones deducidas por las Comunidades Autónomas actoras en relación con el citado precepto legal.”

Se consolida, pues, el encaje constitucional de los arbitrajes administrativos.

2. Hacia la consolidación de la noción de “arbitraje institucional”: Sentencia TC 233/1997, de 18 de diciembre

Tiene pues notable importancia esta significativa resolución del Tribunal Constitucional. Pese a que realice la Administración el procedimiento, se entiende que es arbitraje en sentido propio, con todas las consecuencias inherentes a la calificación y naturaleza jurídica de esta actuación de la Administración Pública. Esto se nos antoja capital para dilucidar lo que es realmente el denominado arbitraje administrativo. Ahora de manera resuelta se nos indica que corresponde calificar como arbitraje aquellos supuestos en los que se confía a la Administración la resolución extrajudicial de controversias, aunque venga tal situación establecida, y eventualmente impuesta, por una Ley.

Lo denomina “arbitraje institucional”, perífrasis para indicar que son las instituciones públicas las que designan los árbitros y cuya institución es la que fija en su caso –puede que mediante desarrollo reglamentario tras la promulgación del pertinente Real Decreto–, las peculiaridades que de forma inevitable acompañan a estos arbitrajes.

Corresponde al legislador, como ocurre con todo derecho fundamental de prestación (como es el acceso a la justicia y el otorgamiento de una tutela judicial efectiva) definir en qué medida y condiciones se ha de prestar tal derecho. No es un derecho de libertad sino de prestación por cuanto solo se realiza a través de los cauces procesales previstos en las leyes. Por ello, dentro de un Estado social en que la Administración Pública tiene una misión de remover obstáculos que impidan realmente lograr el objetivo de conseguir un equilibrio procedimental entre partes, cabe claramente que se le confíe una solución arbitral para remediar situaciones en que se necesita solvencia al modo de lo que esta institución protege. Y así la rapidez, especialidad, sencillez, economía, son argumentos y razonamientos que puede adoptar el legislador para encaminar la solución de controversias vía arbitral y que sea la Administración Pública la que resuelva la situación mediante un arbitraje que se considera que es propiamente arbitraje y no mera propuesta o mediación.

Será pues la remisión a la ley de arbitraje realizada por el legislador ordinario la que finalmente permita calificar de arbitraje a la solución extrajudicial propuesta por

la Administración Pública en ejercicio de la confianza que se le otorga legalmente. Y no se tratará de un mero acto administrativo realizado en ejercicio de una función ejecutiva. Aquí no estamos hablando de una delegación gubernativa para actuar en una actividad decisoria de la Administración consecuencia de la legislación de procedimiento administrativo. Al contrario, se trata del ejercicio de una función procesal que se le confía, exactamente igual que se hace con un particular cuando se le nombra árbitro. Y esto es importante ya que lo que argüían los recurrentes era que la Administración Pública ejercía una mera potestad administrativa instrumentalizada mediante un acto administrativo típico. Exactamente igual que en el resto de tales potestades (reglamentaria, expropiatoria, disciplinaria, sancionadora...); por lo que no actuaba como un genuino árbitro (independiente, neutral, objetivo, especializado...). El TC lo rechaza con rotundidad. Por lo que esta Sentencia, por lo que hace a nuestra Tesis doctoral, se constituye en un hito, una verdadera piedra de toque que resuelve con claridad las dudas que con toda lógica se ponían en el orden de la calificación de la actuación administrativa del árbitro–Administración.

Basta pues que la Ley, a la que se presume racionalidad, a la que se define como ordenación de la razón, para que entendamos que lo que se pretende con toda exactitud es que la Administración juegue el papel de árbitro cuando así lo disponga el poder Legislativo.

En la elaboración de las leyes no hace falta decir que son múltiples los trámites que se exigen y acumulan información relevante sobre la necesidad de utilizar una u otra forma de lograr los objetivos propuestos en tal norma. El cúmulo de informes, dictámenes, opiniones, de toda índole, que han aumentado enormemente con las exigencias de buena gobernanza y calidad normativa (de conformidad con los reglamentos y directivas europeas), es indudable que supone un acervo importante a la hora de afirmar que el núcleo esencial de una norma legal está bien construido, especialmente cuando se trata de adoptar un criterio sobre un elemento tan fundamental como la solución de los conflictos que pueda generar su aplicación.

En definitiva, nos parece de primera importancia el hallazgo que finalmente hace el Tribunal Constitucional a la hora de calificar la naturaleza jurídica del arbitraje instituido por las leyes y confiando en las Administraciones Públicas su resolución.

3. Arbitraje administrativo y arbitraje societario: Sentencia TC 32/2002, de 11 de febrero y su posterior corrección mediante la Sentencia TC 9/2005, de 17 de enero

El arbitraje societario, tan discutido en el pasado, se examina en la Sentencia 32/2002, de 11 de febrero¹⁰⁷. La Audiencia Provincial de Barcelona estimaba una acción de anulación deducida contra un laudo arbitral que anulaba ciertos acuerdos societarios. La Sentencia del TC dictamina que no puede entrar a evaluar el acierto de la Audiencia Provincial sino solo si es razonable:

¹⁰⁷ BOE 14.3.2002.

“En el caso sometido a nuestra consideración la Sentencia de la Audiencia Provincial anula el laudo arbitral impugnado ofreciendo un razonamiento coherente, hilado y razonable sobre la eficacia de las cláusulas compromisorias incorporadas a los estatutos sociales en relación con la impugnación de acuerdos sociales, estudiando la incidencia que en el estado de tal cuestión jurídica ha podido tener la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de arbitraje de Derecho privado, llegando a la conclusión de que el laudo había recaído sobre materia que no podía ser objeto de arbitraje, y que por tanto tal laudo era nulo por imperio de los arts. 45.4 y 1 de la referida Ley. De ahí que, no siendo tal argumentación irrazonable, arbitraria o patentemente errónea, supera el canon de control a que nos hemos referido. Este Tribunal no puede entrar a valorar la corrección jurídica de la interpretación de la legalidad ordinaria efectuada por el órgano judicial, cuestión en la que se extiende la demanda y que trata de cobijar en la aducida vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, pues tal función corresponde a los órganos de la jurisdicción ordinaria en el ejercicio exclusivo de la potestad que les reconoce el art. 117.3 CE”.

Se plantea el problema entonces capital, del arbitraje societario y el valor de las cláusulas compromisorias en los estatutos sociales, que tuvo una respuesta negativa en la Sentencia de la Audiencia Provincial.

Vemos pues como con naturalidad, el Tribunal Constitucional hace un ejercicio de *selfrestraint* esclarecedor de que, efectivamente, pueden (y deben) existir límites a la fiscalización sobre la actuación de los demás, en este caso de una Audiencia Provincial. Sin embargo, la STC es, desde nuestro punto de vista, errónea. Una resolución que dispone que una materia no es arbitrable cuando sí lo es afecta a dos derechos fundamentales: el 24 CE por la irrazonabilidad de la Sentencia y el 1 CE por afectar a la libertad de elección de los contendientes. Y en un escenario como este poco importa que el argumento se apoye en doctrina o jurisprudencia pasada; lo relevante es que se habían dado los pasos necesarios para declarar la validez del arbitraje societario y cualquier pronunciamiento en contra, motivado o no, adolece de irracionalidad con alcance constitucional.

Al igual que existen límites claros al examen sobre la actuación de los árbitros, se comprueba cómo es habitual que en efecto también en el juicio que se hace por los tribunales de las actuaciones de los otros órganos jurisdiccionales, han de existir demarcaciones claras a la actuación revisora. Esto es clave y conviene retenerlo. No se trata de comprobar el acierto del órgano revisado, sino de situarse en los términos estrictos de fiscalización que permita la ley. Nada menos, nada más. Prueba de lo anterior es que el significado constitucional del arbitraje societario sentado por la anterior sentencia se corrigió en la Sentencia 9/2005, de 17 de enero¹⁰⁸ Sala Primera del Tribunal Constitucional, recurso de amparo que atendió a la jurisprudencia entonces vigente.

El asunto cursa de la siguiente forma: en los estatutos sociales de una sociedad se contemplaba que las disputas societarias se someterían a arbitraje. Uno de los socios interpuso un arbitraje y la sociedad se opuso por tres motivos: (a) litisconsorcio pasivo necesario por la obligación de demandar a todos los socios; (b) falta de vigencia del convenio arbitral en el momento de pedirse la formalización judicial del arbitraje y (c) imposibilidad de someter a arbitraje el derecho de separación convencional de los socios de la sociedad anónima.

¹⁰⁸ BOE 17.2.2005.

En los antecedentes de la Sentencia se recoge que el Auto del Juzgado rechazó esas tres excepciones con base en que (a) no era preceptivo demandar al resto de socios; (b) existía el convenio arbitral porque el *dies a quo* debía fijarse en la fecha en la que se requirió extrajudicialmente a la sociedad y se determinó la voluntad de someter la el derecho de separación de socios a un arbitraje y, finalmente, aunque con argumentos romos (c) la celebración del arbitraje no implica la validez del Laudo.

El Laudo condenó a la sociedad a adquirir las acciones que pertenecían al socio impugnante. Laudo que fue impugnado ante la Audiencia Provincial de Madrid que estimó parcialmente el recurso pero lo confirmó en todo lo demás con base en:

“En síntesis, la confirmación del Laudo se fundamenta en la mencionada resolución judicial en que el convenio arbitral estaba vigente en la fecha en que se formuló el requerimiento privado, que es la fecha a tomar en consideración para decidir sobre su vigencia, porque fue entonces cuando se activó el convenio arbitral, cuya supresión posterior solamente puede oponerse a partir de la fecha de su aprobación por la Junta General de Metalibérica, S.A., lo que aconteció el 9 de diciembre de 1999, esto es, ocho días después de que Traser, S.A., hubiera requerido fehacientemente la formalización del arbitraje.”

Y en cuanto a la viabilidad del arbitraje sobre la materia litigiosa, la Sentencia impugnada recuerda los vaivenes jurisprudenciales (primero a favor del arbitraje societario, STS de 26 de abril de 1905 y luego en contra a partir de la STS 15 de octubre de 1956) y la consolidación de su validez proclamada luego por el Tribunal Supremo y la DGRN. Y también acepta que, habiéndose previsto que el arbitraje sea de equidad, no se resuelva de otra forma; por lo que el arbitraje societario ni siquiera tiene las exigencias propias del arbitraje de derecho.

El Tribunal Constitucional, por su parte, comienza su exposición recordando la consolidada tesis de que un laudo, por ser producto privado de los árbitros y no de los poderes públicos, no es susceptible de amparo. Si bien matiza los supuestos en los que puede –colateralmente– conocer del arbitraje por errores en la intervención judicial (acción de anulación, formalización judicial del arbitraje o ejecución):

“2. Es necesario comenzar destacando que, conforme a nuestra reiterada jurisprudencia, el Laudo arbitral no puede ser objeto directo de impugnación por medio del recurso de amparo y que “este Tribunal carece de jurisdicción para enjuiciar el Laudo arbitral en sí mismo considerado, por cuanto, como acto no referible a ningún tipo de poder público (art. 41.2 LOTC), resulta extraño al ámbito y función del proceso constitucional de amparo” (SSTC 176/1996, de 11 de noviembre, FJ 1; 13/1997, de 27 de enero, FJ 2). “Sólo en la medida... en que las supuestas vulneraciones alegadas sean referibles a la actuación del órgano jurisdiccional que conoció del recurso frente al Laudo, estará justificado que este Tribunal enjuicie una eventual lesión del derecho a la tutela judicial efectiva” (STC 176/1996, de 11 de noviembre, FJ 1).

[...]

En lo que ahora importa, es de subrayar que la Sentencia aquí impugnada, en contra de lo que sostiene la demanda de amparo, contiene una extensa, razonada y razonable fundamentación jurídica de los motivos por los que rechaza la solicitud de anulación del Laudo formulada por Metalibérica, S.A. Así, como hemos visto ya en el antecedente 2 h), dicha Sentencia, ante todo, examina con carácter general la inclusión y exclusión de determinadas materias en el ámbito objetivo del arbitraje, para después referirse a las cuestiones societarias y concretamente a las que se suscitan respecto de las sociedades anónimas, con referencia a la evolución de la doctrina jurisprudencial, todo ello para

concluir que los supuestos específicos de separación del socio en la legislación de sociedades anónimas son de *ius cogens* o derecho necesario, pero sólo de mínimos, ya que sería nula la norma estatutaria o el acuerdo societario que privara al socio de su derecho de separación o lo redujera respecto de los tres supuestos previstos legalmente. Pero nada impide, sino que, por el contrario, el art. 10 de la Ley de sociedades anónimas lo permite, que en los estatutos sociales se añadan otras causas que den origen al derecho de separación del accionista además de las recogidas legalmente”, pudiendo someterse “esta materia –derecho de separación del socio– a un arbitraje de equidad”. Así las cosas, entiende la Sentencia impugnada que el arbitraje de equidad establecido en los estatutos se convertiría en arbitraje de derecho si el derecho de separación sólo operara en los tres supuestos de la Ley de sociedades anónimas, destacando en último término que “Metalibérica, Sociedad Anónima, es una sociedad cerrada”.

Nótese el ejercicio de autorestricción que realiza el Tribunal Constitucional para evitar inmiscuirse en el derecho fundamental de libertad empleado por las partes al decidir someter a arbitrajes las controversias societarias. Lo contrario sería adoptar el criterio de entrar en el ámbito de la legalidad ordinaria y a su vez, al final, acabar entrando en el propio laudo, algo inconcebible tanto desde la perspectiva del Derecho Constitucional como del propio Arbitraje. Así lo recalca al indicar:

“Y, sobre esta base, ha de señalarse, en primer término, que no corresponde a este Tribunal resolver la cuestión sobre la que se pronuncia la Sentencia impugnada –derecho de separación del socio de una sociedad anónima en los casos en que los estatutos sociales hayan previsto un arbitraje de equidad para resolver las cuestiones que se susciten entre los socios y la sociedad–, confirmando o corrigiendo la interpretación de la legalidad ordinaria realizada por el órgano judicial. Determinar la correcta respuesta en Derecho a la mencionada cuestión, que se desenvuelve en el ámbito de la legalidad infraconstitucional, queda claramente fuera de la jurisdicción de este Tribunal y la circunstancia de que la demanda de amparo ponga el acento en demostrar que está en juego el *ius cogens* societario no concede, por sí misma, relevancia constitucional a lo resuelto. [...]

Este Tribunal no puede entrar a valorar la corrección jurídica de la interpretación de la legalidad ordinaria efectuada por el órgano judicial, cuestión en la que se extiende la demanda y que trata de cobijar en la aducida vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, pues tal función corresponde a los órganos de la jurisdicción ordinaria en el ejercicio exclusivo de la potestad que les reconoce el art. 117.3º CE” (STC 32/2002, de 11 de febrero, FJ 4).”.

De nuevo el TC titubea sin necesidad. Pues el acceso a la jurisdicción y el derecho de los justiciables de escoger la vía arbitral (art. 1 CE) permiten auspiciar bajo el manto constitucional aquellas resoluciones que cuestionen elementos constitucionales tan relevantes. No se trata de sustituir el criterio de la Audiencia. Se trata de delimitar el encaje constitucional del arbitraje. Lo que desde luego adquiere relevancia que va mucho más allá de la motivación de la Sentencia.

Pero, en definitiva, el TC asienta que la acción de anulación se configura como el elemento que dota al arbitraje del carácter de equivalente jurisdiccional al otorgar el derecho a la tutela judicial efectiva a las partes. Dado que el órgano jurisdiccional encargado de supervisar el Laudo por los motivos regulados en el art. 41 LA 2003¹⁰⁹

¹⁰⁹ J. Cadarso Palau, “Comentario al art. 41 Ley de Arbitraje”, *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje*, Editorial Aranzadi, S.A.U., octubre de 2004. A– Hierro Hernández–Mora en R. Hinojosa Segovia *Comentario al art. 37 Ley de Arbitraje*, Editorial Aranzadi, S.A.U., octubre de 2004.

podrá anularlo cuando se haya infringido la tutela judicial efectiva de las partes. Y la ausencia de una respuesta racional podrá ser revisada vía recurso de amparo.

Finalmente, respecto a la prueba, la STC da cuenta de que el derecho a la tutela judicial efectiva no se garantiza en el arbitraje por la vía del 24 CE más que cuando se impetre la labor judicial en la acción de nulación. La formulación es compleja: porque niega, por un lado, que las partes arbitradas tengan las garantías del art. 24 CE (pero admite que en el arbitraje existe la prohibición de indefensión –si no fuera así, difícilmente cabría equipararlo a la jurisdicción–), pero admite que la infracción de la tutela judicial efectiva se haga valer en la acción de nulación. En realidad la solución es más sencilla: la labor judicial debe ser comprobar que el árbitro dio una respuesta a las partes: el árbitro puede negar ciertas pruebas bajo sus propios fundamentos que deben ser motivados y racionales y el árbitro debe examinar la (im)parcialidad de los árbitros alegada. La Sentencia de la Audiencia Provincial se debe limitar a comprobar que la respuesta dada por los árbitros es racional y no es arbitraria. Sin sustituir el criterio de los árbitros por el suyo propio ni siquiera aunque bajo su criterio hubiera aceptado esas pruebas. Por tanto, la STC da cuenta de que la Sentencia de la Audiencia Provincial recurrida en amparo sí ha examinado la causa de nulidad alegada por falta de imparcialidad. Pero la ha rechazado. Al igual que la Audiencia Provincial ha examinado la racionalidad del criterio de los árbitros para rechazar determinadas pruebas.

En todo caso, logra respaldo el arbitraje societario también desde la perspectiva constitucional. Y se deja reducido su ámbito de conflicto al que corresponde en la jurisdicción ordinaria, quedando salvaguardada la protección constitucional para los limitados supuestos en que efectivamente es aplicable a la Sentencia judicial que eventualmente se pronuncie sobre su posible nulidad, bien entendido que ésta habrá de resolver todos los temas fundamentales que no pueden viciar al final un laudo. Tal es el caso, preciso, de la imparcialidad de los árbitros, que, desde luego, tiene que ser resuelta en sede judicial, so pena de corroer como vicio que ataca los fundamentos mismos del arbitraje y que por ello tiene que acabar siendo resuelta siempre.

4. Medidas urgentes para la reforma del mercado laboral: Sentencia TC 119/2014, de 16 de julio

Vuelven a presentarse todos los difíciles temas que vemos se dan en el denominado arbitraje laboral y que, aunque viven en una realidad–arbitral–paralela, sirven para conocer el criterio constitucional del arbitraje –no son pocos los autores que afirman que la LA 2003 debe auspiciar el arbitraje laboral–. En la Sentencia 119/2014, de 16 de julio, Pleno, del Tribunal Constitucional¹¹⁰, recurso de inconstitucionalidad, contra la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral se dan cita algunas subespecies (según se trate de remediar un conflicto, interpretar un convenio o modificarlo) del arbitraje laboral:

¹¹⁰ BOE 15.8.2014.

“El art. 37.1º CE remite a “la ley” la función de garantizar el derecho a la negociación colectiva laboral y la fuerza vinculante de los convenios. Asimismo, como cualquier otro derecho constitucional, el reconocido en el art. 37.1 CE no tiene carácter absoluto, sino que puede quedar sujeto a limitaciones. Como ya puso de relieve la STC 11/1981, de 8 de abril, precisamente en un supuesto en que también se enjuiciaba una norma que imponía un arbitraje obligatorio ante conflictos planteados para modificar las condiciones de trabajo —singularmente, por el fracaso de las negociaciones del convenio colectivo—, el derecho a la negociación colectiva, de forma similar al principio de autonomía en el Derecho privado, puede “presentar excepciones, siempre que la limitación ... se encuentre justificada”. Señalaba, en orden a la eventual admisión del arbitraje obligatorio, que tal justificación “puede hallarse en el daño que el puro juego de las voluntades particulares y las situaciones que de él deriven, puede irrogar a los intereses generales” (FFJJ 19 y 24).

[...]

En consecuencia, el conjunto de estas previsiones permite concluir que el art. 82.3 LET, párrafo octavo, somete expresamente la decisión arbitral de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos o del órgano autonómico correspondiente a un control judicial que no se limita a aspectos externos o procedimentales; se extiende también a aspectos de fondo del asunto objeto de la decisión o arbitraje, pues más allá del enjuiciamiento sobre el cumplimiento de los requisitos y formalidades del desarrollo de la actuación arbitral, así como de la valoración sobre el carácter *ultra vires* de la resolución emitida, la revisión por parte de los órganos judiciales alcanza también a impugnaciones fundadas, no sólo en motivos de lesividad a terceros, sino también de ilegalidad, sin establecerse precisiones respecto a esta última causa.

A partir de esta regulación normativa, no cabe excluir que esa intervención judicial derivada del art. 82.3º LET permita a los tribunales ordinarios efectuar un control pleno sobre la decisión o laudo arbitral en aquellos aspectos jurídicos que, por su naturaleza, puedan ser objeto de la competencia y conocimiento jurisdiccional. Así entendida, por tanto, la intervención de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos u órgano autonómico correspondiente prevista en la norma impugnada —con carácter subsidiario, como ya se dijo—, en cuanto trámite previo al proceso es plenamente compatible con el art. 24.1 CE; en ningún caso excluye el ulterior conocimiento jurisdiccional de la cuestión y su fin resulta proporcionado y justificado, ya que no es otro que “procurar una solución extraprocesal de la controversia, lo cual resulta beneficioso tanto para las partes, que pueden resolver así de forma más rápida y acomodada a sus intereses el problema, como para el desenvolvimiento del sistema judicial en su conjunto, que ve aliviada su carga de trabajo” (STC 217/1991, de 14 de noviembre, FJ 6).

En definitiva, interpretado el precepto en el sentido de que cabe un control judicial pleno sobre la adecuación normativa de la decisión o laudo arbitral de la Comisión consultiva nacional de convenios colectivos u órgano equivalente de las Comunidades Autónomas, acotado a los aspectos jurídicos propios del conocimiento de la jurisdicción, incluido el control sobre la concurrencia de las causas y la adecuación a ellas de las medidas adoptadas, hemos de descartar que el párrafo octavo del art. 82.3º LET, en la redacción dada por el art. 14.1 de la Ley 3/2012, resulte contrario al derecho a la tutela judicial reconocido en el art. 24.1 CE. Esta interpretación de conformidad se llevará al fallo”.

Como podemos ver, cuando se trata del denominado arbitraje laboral, confiado a una autoridad pública —no estrictamente administrativa ya que son tres los miembros de la Comisión, uno empresarial, otro sindical y solamente el tercero propiamente administrativo— todo cambia. Se admite en determinados ámbitos la existencia de un arbitraje. Pero a partir de ahí varían significativamente las características del mismo. Porque llegar a la conclusión de que la autoridad judicial puede entrar en el fondo mismo como caracterización que permite salvar la constitucionalidad de esta técnica supone modificar el arbitraje hasta hacerlo irreconocible. Eso, en puridad, no es arbitraje. Como tampoco lo es el arbitraje obligatorio.

VII. El convenio arbitral como fuente de libertad

1. Condicionamiento de la presencia del Estado

El convenio arbitral es un contrato mediante el que las partes plasman su voluntad de someter sus controversias a arbitraje y como resultado generan una potestad de tipo jurisdiccional.

Cuerpo de contrato y alma de jurisdicción. Ésta sería una fórmula adecuada para describir el convenio arbitral, en el que inextricablemente, cara y cruz de la misma moneda, se concitan ambos conceptos. Precisamente, al componerse de la libertad y autonomía de la voluntad, el arbitraje encuentra cabida constitucional a través del art. 1 CE que promulga la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico. Lo cual es perfectamente extrapolable al arbitraje del Estado. Sin embargo, el contexto en el que el Estado ha de desenvolver su actuación, esto es, en el caso de arbitraje por las Administraciones Públicas, puede existir un consentimiento voluntario plasmado en fórmulas distintas al tradicional convenio arbitral. Por ejemplo, mediante su inclusión en los pliegos como forma de resolver las controversias que se susciten con la Administración Pública. O también mediante disposición legal que comprometa a la Administración, la cual habrá de cumplir con todos los elementos constitucionales y europeos que al final reposan sobre el contexto de la libertad general.

Pretender excluir el arbitraje por el mero hecho de no encontrarse expresamente redactado en el texto constitucional implica desconocer la tradición histórica expuesta en los antecedentes; pero además, significa olvidar el soporte que da el arbitraje a los negocios internacionales donde España ha ratificado multitud de convenios necesarios para formar parte del primer plano del panorama internacional (y donde la justificación procede directamente CE y del ejercicio del treaty making power como bien sabemos): puede pues acudir también a los preceptos constitucionales que abren la Constitución al internacionalismo. Insistiremos sobre ello en su momento. Y si la Ley formalmente lo habilita, la Administración podrá suscribir convenios arbitrales, para lo que dispone abundantes instrumentos en la Ley 40/2015 del Sector Público.

Pero al igual que los jueces están sujetos al imperio de la Ley al dictar sus Sentencias, los árbitros se comprometen a resolver aquellas cuestiones que hayan sido sometidas a su decisión atendiendo con precisión al ordenamiento jurídico al que se remiten, una auténtica remisión normativa, constituyendo una causa de nulidad del laudo la extralimitación de los árbitros, siempre dentro del contexto de búsqueda de la verdad efectiva, de pacificación y de tener en cuenta el interés general.

Lo que supone que cuando se examine la posible extralimitación por entender que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión por cuanto los pronunciamientos del Laudo han recaído sobre materias a las que no es extensible el convenio arbitral. Pero este principio de congruencia, especialmente tratándose de arbitraje realizado por la Administración Pública, tiene que matizarse.

Y es que la búsqueda de la verdad material completa y la función pacificadora, pueden imponer a los árbitros actuaciones más extensas que se infieren del convenio, aunque no lo haya expresado éste en blanco sobre negro. No cabe interpretación estricta del convenio que impida a los árbitros lograr que el arbitraje responda a esos criterios de verdad y paz. La flexibilidad arbitral está en las antípodas del rigor rituario típico del proceso judicial. La causa debatida tiene que examinarse íntegramente, con inclusión de las inferencias lógicas que cualquier observador imparcial pudiera racional y razonablemente, deducir.

En su caso, la Administración, supuesto que efectivamente entre en el arbitraje, activo o pasivo según hemos definido, habrá de aceptar asimismo esta regla general del arbitraje, a salvo leyes imperativas o cláusulas de orden público que lo impidan, siempre interpretadas con la necesaria restricción. Y naturalmente, en el caso en que se trate de arbitraje realizado por la Administración, teniendo muy presente, con toda exactitud, lo que su misión general le supone. Así, en el caso en que, por ejemplo, sea la CNMC la que actúe en un arbitraje (y tendremos ocasión de comprobarlo ad *infra*), no obsta a su independencia ni a su imparcialidad el que en la gestión y resolución del mismo tenga muy presente que es un organismo que defiende el derecho de la competencia. Dicho de otra forma el resultado del arbitraje no podrá ser contrario al derecho de la competencia. Y a su vez, cuando sea enjuiciada en un arbitraje, el árbitro habrá de tener muy presente toda la complejidad en que se desenvuelve el Estado y sus Administraciones, de forma que exista una aproximación al examen sobre su conducta inteligente, apegado a las circunstancias de todo orden que acompañan a las acciones estatales y la de sus Administraciones.

Hay un problema añadido: la separación del interés general cuando quien arbitre sea una Administración Pública. Y ello porque los arts. 103 y 106 CE exigen que la Administración Pública sirva con objetividad los intereses generales. De manera que en los arbitrajes que administren, en los que se vea afectado el Derecho público, ese interés general estará presente en la decisión que adopten como árbitros. Lo que se relativizará cuando se resuelva un conflicto que comprenda meros intereses privados.

El convenio arbitral ha determinado durante años que la doctrina sostenga que la naturaleza del arbitraje es contractual. En esencia, los motivos que conllevaban a que durante tiempo se mantuviera tal concepción es que el convenio era –y es– un pacto entre dos particulares que en uso de su libertad individual convenían acudir a un procedimiento privado.

Por el contrario, muchos autores mantenían que la naturaleza del arbitraje es jurisdiccional debido a que la funcionalidad que presentaba era la de sustituir la actividad de juzgar y la decisión laudada goza de efectos de cosa juzgada. Nótese que nos mantenemos todavía en el ámbito tradicional del arbitraje privado y más exactamente en el típico arbitraje comercial, paradigma a estos efectos del instituto arbitral. En realidad, las diferentes especies luego consideradas arbitraje (consumo, laboral, deportivo...) son manifestaciones que se apoyan en esta figura pese a las distorsiones que de manera inevitable le ocasionan.

Esta tradicional bifurcación mantuvo a dos cuerpos doctrinales enfrentados. Sin duda el arbitraje es un híbrido entre ambas concepciones. Su carácter contractual

viene dado por las partes que libremente deciden acudir a arbitraje en lugar de a la jurisdicción ordinaria. Sin embargo, en cuanto al fondo del arbitraje, esto es, la utilidad y función del arbitraje, es esencialmente jurisdiccional; las partes utilizan este instrumento como medio de resolver una disputa. Sin contrato no nace el arbitraje y sin jurisdicción no es nada, no alcanza a ser nada. En realidad, la naturaleza del arbitraje es arbitral. Nada más. No es preciso acudir a figuras como el contrato o la jurisdicción para explicarlo (sin perjuicio de que un convenio arbitral –que no el arbitraje– pueda ser nulo por carecer alguno de los requisitos del art. 1261 Cc).

Y esto ha de ser aceptado igualmente por la Administración cuando le corresponda, por permitir la Ley acudir a este instrumento, sin que se observe peculiaridad alguna en este punto más allá de que efectivamente no puede abdicar de su condición de persona jurídico-pública. Es un tema de pura habilitación legal. Y es pues la Ley, en el caso de las Administraciones, la que ha de concluir estableciendo en qué consiste ese convenio, o cómo se llega al mismo, cómo se alcanza y cuáles son los compromisos adquiridos por el sujeto al que la Administración va a arbitrar o, en su caso, los que determinan el cumplimiento por las Administraciones de sus compromisos cuando es ésta la que se somete a arbitraje.

Estos debates sirven así para delimitar qué es arbitraje y distinguirlo de otras figuras entroncadas con rasgos de naturaleza contractual –transacciones o compromisos– o jurisdiccional (como –pseudoarbitrajes) e incluso de peritajes técnicos emitidos por tercero para determinar el precio de un bien (por ejemplo, el dispuesto en el art. 1447 Cc) y de la moderna mediación.

La libertad individual que se preconizaba del art. 1 CE y 9.2º CE necesitaba en todo caso de una confirmación del Tribunal Constitucional. Así, mientras se exaltaba que la libertad de las partes debiera respetarse y protegerse, mientras no existiera un respaldo sin ambages del Tribunal Constitucional la autonomía de la voluntad caía en papel mojado. La duda latente existía porque la CE no hacía mención alguna al arbitraje. Sin embargo, pocos se aventuraron a plantear la inconstitucionalidad del arbitraje tal como puede observarse en la citada jurisprudencia constitucional. Y si tal situación se extiende a la Administración, no se encuentra tampoco motivo ni fundamento para apartarse de tal posición. Ya hemos abundado anteriormente en lo que significa la “ficción” en Derecho y su aplicación necesaria a toda persona jurídica, a empezar por las privadas.

Por consiguiente, siendo la Administración Pública una persona jurídica, igualmente ha de lograrse ese mismo resultado. Si se entiende que la Administración ha de encontrarse con el arbitraje, habrá que acudir a la Ley, al contrato, a los pliegos; en definitiva, al instrumento de compromiso. Siempre que una Ley lo habilite o un Tratado lo disponga, podrá conseguirse la incorporación del aparato público al instituto arbitral. Es cuestión de habilitación legal, de autoafirmación, que puede realizarse en nuestros días igual que sucedió en su momento con el propio contencioso administrativo, fruto de una disidencia revolucionaria en la clásica expresión de García de Enterría, esto es, de un resultado un tanto imprevisto consecuencia de una evolución de las circunstancias que hicieron posible la apertura a nuevos instrumentos hasta entonces inexplorados. En la propia Constitución gaditana, cuando en su art. 281 comienza

diciendo que “No se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros elegidos por ambas partes”, ya con carácter universal cabrían todas las posibilidades, recordando, no obstante, que no existe el contencioso administrativo hasta bien mediado el siglo XIX .

La instauración del arbitraje en relación con las Administraciones Públicas es, resueltamente, paralela, *servata distantia* de la evolución que sufrió el propio contencioso. Dependerá de una serie de factores importantes, decisivos, entre otros, la convicción de la necesidad de mejora del contencioso tal como lo conocemos, o más simplemente, del auxilio que pueda prestar en determinados asuntos por su distinto alcance y practicidad. Y, desde luego, del consenso doctrinal frente al poder de las Administraciones de mantener este sistema contencioso administrativo, tan lento, y por ende perjudicial para el administrado, lo que constituye en no pocas ocasiones una ventaja añadida a la actuación de la Administración al ser el acto administrativo ejecutivo mientras el pleito se sustancia.

Este principio de libertad es fácilmente predicable de las decisiones de los particulares; sin embargo, no es sencillo extenderlo cuando concierne al sector público, lo que provoca que sean menores las situaciones en las que éste acude a un arbitraje con un particular. Unido a la escasa tradición de utilización en el sector público de tales medios alternativos, dado que el acto administrativo, gozando de la autotutela declarativa y ejecutiva, no necesita impetrar el auxilio del juez ni de nadie para ejecutar el acto administrativo, por lo que la autoridad administrativa querrá utilizarlo y no someterse al arbitrio de un tercero.

Eso sí, una vez que la Administración Pública ha decidido acudir a un arbitraje no puede retractarse de lo acordado e invocar los privilegios de los que goza frente al particular. Es su autonomía de la voluntad –matizada pero equiparable a la de los particulares– la que le lleva a acudir a un arbitraje frente al administrado y una vez otorgada no puede romper el pacto por razones de conveniencia, de idéntica forma que el particular tampoco puede sustraerse de lo convenido e irrogar el auxilio judicial.

Por tanto, una consecuencia ineludible de lo estudiado es que si falta convenio –legal o convencional– no existe arbitraje. Podrá existir otra fórmula heterocompositiva de resolución de conflictos. Incluso se llamarán arbitrajes; pero sería más adecuado denominarlos pseudoarbitrajes siempre que se prescinda del convenio arbitral o cuando las decisiones puedan revisarse íntegramente por los Jueces. Y, debido a que es la libertad individual (por la parte del administrado) la que faculta la existencia de los arbitrajes, en caso de que los árbitros resuelven cuestiones no sometidas a su decisión, esa parte deberá quedar eliminada del laudo, con importantes matices.

Esto tendrá importancia en determinados supuestos en que intervenga la Administración Pública. Pero como veremos en la jurisprudencia, una cosa será extenderse fuera de límites y otra diferente es que se tenga en cuenta las posibilidades que la flexibilidad del arbitraje, por contrapunto con la jurisdicción, comporta. Lo veremos precisamente en alguna Sentencia dictada en un caso de sometimiento de la Administración Pública a arbitraje (remitimos al estudio posterior de la Sentencia 77/2016 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal).

Permítasenos, no obstante, ir adelantando que, en el caso del Estado, *ex definitione* no vamos a hablar de “libertad” en sentido estricto. El Estado, como todas las organizaciones con personificación jurídica, no tiene una genuina libertad. Su actuación está, interna y externamente, organizada a través del principio de legalidad. Y aquí se encuentra la paradoja de tener que utilizar categorías tradicionalmente pensadas para la autonomía de la voluntad, al principio de legalidad.

Pero, a poco que se medite, en realidad esta constricción del Estado, resulta *pari passu* homogénea, o al menos análoga, a la que sucede con las personas jurídicas, incluso privadas. Una persona jurídica actúa a través de órganos en los que una parte no desdeñable de su actuación está regida por la Ley –amén de sus Estatutos– y cuya transgresión implica nulidad y responsabilidad. Ciertamente que las personas físicas que componen el órgano, como ocurre en todo el derecho privado, tienen una flexibilidad y libertad de actuación más amplia que la que disponen los órganos administrativos dentro de la Administración Pública, ya que éstos se deben también continuamente a la legalidad. Y así existe, con mayor intensidad, un doble control, externo e interno, en la Administración Pública que no es exigible en los mismos términos a los órganos privados de sociedades, compañías, filiales y subsidiarias, etc. Sin perjuicio de la extensión cada vez mayor del principio de legalidad al ámbito privado (responsabilidad penal de las personas jurídicas, cumplimiento normativo –compliance– etc. .

Y el movimiento, especialmente desde la transparencia internacional, no ha hecho más que empezar. Supuestos que hace años serían considerados inaceptables desde el derecho a la defensa, hoy comienzan a ser moneda común (así por ejemplo, la denuncia premiada anónima, el soplón delator, la clemencia por denuncia, etc., etc.) y todos estos son supuestos en los que en nombre de una ética creciente, como puede verse en la legislación de contratos del sector público, aumentan exponencialmente las exigencias de cumplimiento de la legalidad no solamente por parte de las Administraciones sino asimismo de los sujetos privados. No es ya tanta la diferencia, guste o no, en un mundo globalizado en que los Estados y sus Administraciones son actores de primera magnitud en la economía, las inversiones e incluso el comercio .

Hablar pues de libertad como esencia de la llamada al arbitraje, tiene que matizarse cuando nos referimos al sector público. En muchas ocasiones es una libertad concretada a través de la legalidad. En otras, en cambio, se habrá permitido al propio organismo público, dentro de sus propias facultades, sobre todo sociedades estatales, acordar en un contrato el sometimiento a arbitraje. Podemos considerar también que el Estado es libre cuando firma un Tratado, del que derivará finalmente un sometimiento a arbitraje; pero ello debe reconducirse a los actos de “libertad” que tienen todas las organizaciones, de cualquier índole que sean.

Ciertamente, hay en la definición clásica de los actos de la Administración, en los que los más frecuentes son precisamente los actos de voluntad , lo que nos remite, si así deseamos caracterizar más clásicamente la actuación de la Administración, a la discrecionalidad, forma ésta de ampliar el ejercicio por las Administraciones del contenido ampliamente previsto en las Leyes. Amén de la existencia, claramente inevitable, de una acción política en la cúspide de la Administración que acaba remitiendo a la Ley en una cadena de actuaciones que permite afirmar que precisamente en tales

órganos superiores, donde se confunde directamente el Gobierno –genéricamente encargado de la firma de los Tratados– y la Administración, existe, especialmente en el ámbito internacional, una amplia discrecionalidad rayana con la libertad.

La relación entre discrecionalidad, forzadamente quizás entendida como aplicación de la libertad propia de la autonomía de la voluntad, y el principio de legalidad, obliga a conocer si puede sin más eliminarse de raíz el modelo arbitral de los sujetos públicos, dado que carecen de aquella libertad. Y, en consecuencia, procedería rígidamente eliminar a radice todo intento de permitir el arbitraje sobre el Estado, al modo clásico, esto es, mediante la elaboración de un vínculo contractual que permitiera que el Estado adoptara una decisión libre de someterse a dicho arbitraje.

Ello lleva a plantear los términos de la impugnación de un posible arbitraje: si cabe sin más una aproximación rígida al momento de formación de la voluntad de someterse al arbitraje o si cabe flexibilizarlo. Y, asimismo, conocer si para resolver un arbitraje del Estado, el árbitro puede tomar en consideración todos los aspectos posibles en que el Estado se haya ido pronunciando a lo largo de la controversia y por ende si el árbitro puede resolver sobre ellos. En efecto, el art. 41.1 c) de la LA 2003 contempla como motivo de nulidad del laudo que los árbitros resuelven sobre cuestiones no sometidas a su decisión.

Sin embargo, la dicción literal de este precepto podría llevar a pensar que un laudo en el que los árbitros se hayan extralimitado, resolviendo puntos que las partes no les prestaron, sería nulo en todo caso. No obstante, resulta más acertado señalar que la nulidad del laudo será parcial y se tendrán por no incorporados, exclusivamente, aquellas cuestiones sobre las que los árbitros no debieron haberse pronunciado (y con las matizaciones que luego se harán).

Si la nulidad se extendiera al resto del laudo, dado el carácter cosa juzgada que se predica de la controversia arbitrada, podría verse comprometida en su integridad; remedio aún más peligroso que el hecho de que la controversia pudiera ser juzgada o arbitrada de nuevo únicamente en lo que las partes hubieran sometido a decisión de los árbitros. Y todo ello, recordando siempre el imponente deber de neutralidad, objetividad, imparcialidad que está unido a las exigencias de actuación de la Administración, que, si ya son fuertes, como hemos visto, en el arbitraje, aumentan exponencialmente cuando quien decide es la Administración por aplicación inmediata del interés general como principio motor de su actuación.

El problema práctico que se deriva, es que en ocasiones los árbitros van a tener que pronunciarse sobre cuestiones no sometidas a su decisión para poder resolver aquellas que sí fueron ofrecidas por las partes. Se trata de indagaciones en búsqueda de la verdad y lograr la pacificación, algo diferente al debate estricto ante la jurisdicción. En este supuesto, el hecho de que los árbitros resuelvan de forma colateral sobre ciertos hechos o cuestiones jurídicas para poder resolver el conflicto principal, no debe entrañar ni comprometer la validez del laudo, puesto que si no podría darse la paradoja de que los árbitros quedarían atados de pies y brazos para poder resolver el conflicto según su leal saber y entender, que es precisamente uno de los factores cruciales por los que las partes decidieron acudir a unos determinados árbitros o a una concreta institución. Y es por ello por lo que cabe plantear la extensión del *iura novit curia* al

arbitraje siempre que lo que se conceda finalmente sea coherente con lo pedido por las partes.

La delimitación de la controversia, además, es algo que va construyéndose progresivamente según avance el litigio. Y el legislador ha querido que se interprete de forma elástica la extralimitación de los árbitros.

La interpretación que ha de seguirse según los propios mandatos judiciales es atender al fallo del laudo para observar si se ha concedido más de lo pedido (ultrapetita), algo distinto a lo pedido (extrapetita), si se ha atendido a argumentos o pruebas no invocadas por las partes para resolver la cuestión litigiosa a pesar de que se conceda lo mismo (principio de justicia rogada) o si no se han resuelto algunas de las pretensiones de las partes (incongruencia omisiva). Todo lo anterior estrechamente ligado con el principio de exhaustividad que obliga a los árbitros a motivar la resolución. Los Jueces se encuentran obligados a actuar de idéntica forma según lo dispuesto en los art. 216 y 218 LEC, de forma que continúa, como vemos, ese paralelismo confirma que el arbitraje es un verdadero equivalente jurisdiccional; pese a lo cual adelantamos que se predica una flexibilidad mayor en el arbitraje frente al tradicional rigorismo de la jurisdicción ordinaria.

Para evitar que las formalidades del Derecho no se conviertan en la primera barrera que deben soportar los justiciables se ha extendido la idea de flexibilidad hasta el punto de que tanto jueces como árbitros puedan resolver conforme a su leal saber y entender, con mayor intensidad y apoyo doctrinal en el arbitraje, a pesar de que el razonamiento jurídico de las partes no sea el más adecuado, siempre que no se transgreda el principio de justicia rogada y sean fácilmente deducibles los fundamentos utilizados por los árbitros respecto de los argumentos de las partes.

El principio de justicia rogada supone una congruencia lógica a la hora de emitir y razonar los argumentos de las partes. Así, aunque la causa de pedir sea idéntica a la que hayan concedido los árbitros, lo que no puede suceder es que una de las partes interponga una demanda solicitando la nulidad de un contrato y, como consecuencia, se le restituya un determinado importe y los árbitros acuerden que no existe nulidad, pero sí una indemnización de daños y perjuicios por idéntico importe al solicitado por el demandante. Estos genuinos ejemplos demuestran que a pesar de la elasticidad que se predica del arbitraje, es fundamental el rigor técnico a la hora de redactar el convenio y de formular una demanda y contestación puesto que va a delimitar el thema decidendi.

En efecto, a pesar de que el convenio arbitral es una primera delimitación del conflicto, este puede verse ampliado según se sucedan los ritos arbitrales y mediante la demanda y contestación se determine el objeto de la litis, según señala la propia Exposición de Motivos de la LA 2003:

“La función de la demanda y de la contestación a que se refiere el art. 29 no es sino la de ilustrar a los árbitros sobre el objeto de la controversia, sin perjuicio de alegaciones ulteriores. No entran aquí en juego las reglas propias de los procesos judiciales en cuanto a requisitos de demanda y contestación, documentos a acompañar o preclusión. El procedimiento arbitral, incluso en defecto

de acuerdo de las partes, se configura con gran flexibilidad, acorde con las exigencias de la institución.”

En definitiva, que la institución arbitral goza de una flexibilidad mayor que la justicia ordinaria para delimitar el objeto del arbitraje y que éste puede ir creándose paulatinamente según vayan formulando las partes sus argumentos, lo que no quita para que al delimitar el convenio arbitral se fije claramente cuál es la materia conflictiva que las partes dejan al arbitraje.

Y esto va a tener consecuencias inmediatas a la hora de que sea la Administración la decisora, ya que entrará de lleno en el tema de la discrecionalidad, versión de la libertad y flexibilidad, aplicándose pues todo cuanto conoce la doctrina administrativista sobre este concepto de discrecionalidad.

2. Distinción entre actos administrativos y actos civiles

A) Asunto *Sogecable*: Sentencia TC 136/2010, de 2 de diciembre

Nos referimos a continuación a una resolución clave en el entendimiento del arbitraje administrativo realizado por la Administración Pública y que de forma resuelta entiende el Tribunal Constitucional que sí constituye arbitraje y que permitirá distinguir entre lo que es un acto administrativo con contenido decisorio y lo que es un ropaje administrativo donde el trasfondo del asunto es propiamente civil o mercantil. Este asunto, además, tendrá importantes e interesantes consecuencias en la perspectiva transnacional, concretamente en el Derecho internacional privado, lo que nos permitirá realizar un breve *excursus* sobre la ejecución de documentos formalmente administrativos pero que tienen un contenido material civil o mercantil y por ende ejecutables de conformidad con el Reglamento Bruselas I bis.

Se trata de la Sentencia 136/2010, de 2 de diciembre¹¹¹ Sala Primera del Tribunal Constitucional, recurso de amparo contra la Sentencia de la Sección Duodécima de la Audiencia Provincial de Madrid.

El problema de este asunto es mayúsculo y guarda una enorme relevancia con esta Tesis. Los antecedentes más inmediatos son:

La Orden del Ministerio de Economía y Hacienda ECO/19/2003, de 8 de enero, dispuso la publicación del acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de noviembre de 2002 por el que se decide subordinar la operación de concentración económica de integración de la entidad DTS Distribuidora de Televisión por Satélite, S.A. (Vía Digital), en la entidad Sogecable, S.A., a diversas condiciones. Una de esas condiciones es la obligación de presentar ante el Servicio de Defensa de la Competencia un plan de actuaciones que debía incorporar un mecanismo de arbitraje privado para la resolución de los conflictos que pudieran surgir con terceros operadores. Es decir, en un

¹¹¹ BOE 5.1.2011.

arbitraje en el que se juegan intereses privados. En el plan de actuaciones presentado se dispuso un convenio arbitral en el que, en caso de que no hubiera acuerdo sobre el nombramiento de los árbitros, se propondría a la Comisión del Mercado de las telecomunicaciones como árbitro independiente. Y, por tanto, el procedimiento arbitral se ajustaría a lo dispuesto en las normas que regulan la función arbitral de esta Comisión. Como antes hemos indicado, la LA 2003 aplica con carácter subsidiario en aquello no esté previsto por las normas especiales que regulan las funciones arbitrales de los órganos administrativos. Tras diversas gestiones infructuosas para concretar la proposición comercial, Telecable de Asturias, S.A.U., formalizó demanda arbitral contra Sogecable, S.A., ante la Comisión del mercado de telecomunicaciones el 14 de octubre de 2004, dando lugar al expediente MTZ 2004/1616.

Sogecable se opuso a la demanda alegando la inexistencia de un convenio arbitral entre las partes, el incumplimiento del procedimiento arbitral previsto en el plan de actuaciones y la recusación de los miembros de la Comisión para resolver el procedimiento por haber intervenido en un expediente administrativo previo sobre el cumplimiento del acuerdo ministerial de concentración. De ese modo, solicitó que se declarara la incompetencia de la Comisión para resolver el procedimiento arbitral. Por acuerdo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 3 de marzo de 2005 se aprobó la Resolución de admisión de arbitraje entre Telecable Asturias, S.A.U., y Sogecable, S.A., acerca del suministro de determinados canales, declarándose la competencia de la Comisión para conocer de las pretensiones deducidas y rechazando la recusación formulada.

La CMT dictó un laudo parcial admitiendo su competencia conforme al art. 22.3 LA 2003 que fue impugnado por Sogecable por los mismos parámetros formales por los que se opuso a la demanda de arbitraje. La acción de anulación fue desestimada por Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 28 de noviembre de 2006 [JUR\2007\163978] por las siguientes razones:

i) Asienta la arbitrabilidad de la controversia al distinguir entre lo que supone el objeto del acuerdo del Consejo de Ministros (impedir concentraciones económicas), impugnable ante la jurisdicción contencioso-administrativo por su carácter público, del carácter privado de las relaciones entre Sogecable y terceros operadores:

“... el acuerdo del Consejo de Ministros estableciendo las condiciones para autorizar la fusión de Vía Digital y Sogecable tenía como finalidad, aspecto que no se puede olvidar, la de evitar concentraciones económicas y a la postre un monopolio que pudiese atentar contra la libre competencia y de ahí la necesidad y obligatoriedad de tener que comercializar con terceros al suministro de sus diversos canales y demás servicios conexos, segunda, que dicho Acuerdo tiene por un lado aspectos públicos en el sentido de estar sujetos al Derecho administrativo y, en su caso, a la jurisdicción contencioso-administrativa y, por otro, puramente civiles o mercantiles como son las relaciones de los terceros operadores que, al amparo de dichas condiciones, pretendan contratar con Sogecable el suministro o contratación de canales, que lógicamente está sujeto al derecho privado y, en su caso, son susceptibles de arbitraje”

En consecuencia rechaza que no sea una materia susceptible de arbitraje.

ii) Acerca de la ausencia de convenio arbitral e imposición del mismo a través del Acuerdo del Consejo de Ministros –ergo en contra de la autonomía de la voluntad–, lo que debería discutirse, según el recurrente, por vía administrativa:

“... procede su desestimación porque aquí no se discute el cumplimiento o incumplimiento de los acuerdos del Consejo de Ministros en su aspecto o faceta pública, sino el privado en cuanto a las relaciones entre Telecable que quiere contratar con Sogecable el suministro de determinados canales y servicios accesorios y la negativa o al menos renuencia de la segunda en hacerlo y la disconformidad de la primera con las condiciones que se le pretenden imponer y, por tanto, estamos ante un conflicto de intereses privados entre dos Compañías mercantiles susceptibles de arbitraje, conforme al art. 1.1 . LA.”

[...]

“Sogecable por medio de su Plan de actuaciones, aprobado por el Servicio de Defensa de la

Competencia, ha aceptado las condiciones acordadas por el Consejo de Ministros para que fuera posible y real su fusión con Vía Digital y ello en sí mismo constituye una oferta permanente y abierta para los terceros que quieran contratar con ella sobre el suministro de canales, en la que está previsto la sumisión al arbitraje y, por tanto, sí está expresada su libre voluntad de someter a arbitraje sus diferencias con dichos terceros”

iii) Se impugnaba el Laudo porque el procedimiento de designación de los árbitros no siguió a rajatabla lo dispuesto por el Plan de Actuación así como los árbitros que resolvieron (considerados individualmente) no eran abogados en ejercicio como exige la LA 2003.

La Sentencia lo resuelve a vuelapluma, sin analizar realmente la normativa aplicable que le permitiría haber dictado una resolución más robusta. Así, basa la ausencia de infracción legal en los actos propios tanto porque el recurrente había admitido que la CMT fuera el árbitro designado aun no ajustándose al procedimiento elegido por las partes, como porque conocía que los miembros de la CMT encargados de resolver no eran “abogados en ejercicio” (recordemos que hoy el art. 15 lo sustituye por “jurista”). En realidad, lo que se solicitaba era la infracción de una norma imperativa como es que resolvieran los arbitrajes de derechos “abogados en ejercicio”:

“... al aceptar Sogecable *a priori* a la CMT y hacerlo *a posteriori* Telecable, al presentar ante ella la demanda de arbitraje se ha cumplido el espíritu de la norma para el nombramiento arbitral y, por otra parte y respecto a no tener los componentes del Colegio Arbitral la condición de “abogados en ejercicio”, porque no podemos olvidar que estamos ante un arbitraje “institucional”, que viene propuesto por la propia Sogecable y conocía de antemano que los miembros de la CMT no lo eran y, por tanto, resulta de plena aplicación la doctrina de los actos propios.”

Posiblemente podría estar mejor construida esta parte de la Sentencia dado que le art. 15 LA 2003, tanto entonces como ahora, permite que por acuerdo expreso de las partes los miembros del tribunal arbitral no sean “juristas”. Y esto era lo que resueltamente ocurría en este supuesto, sin necesidad de acudir a argumentos como los actos propios que en esta ocasión parecían endebles. Es más, si se quería acudir a ese argumento, la propia LA 2003 ofrecía un remedio más apropiado: el art. 6 LA 2003 sobre renuncia tácita a las facultades de impugnación. Lo mismo ocurre con la impugnación de la CMT por ser considerado un árbitro imparcial al haber participado en el

procedimiento administrativo, lo cual conocía de antemano Sogecable y la SAP Madrid lo ventila también sobre la base de los actos propios.

La STC desestima el recurso de amparo por motivos muy similares a los de la SAP Madrid. Si bien, respecto a la ausencia de condición de “abogados en ejercicio”, lo que considera es que la respuesta ofrecida por la SAP Madrid no es arbitraria, es razonable. Y a eso tiene derecho al justiciable. Sin que se pueda por la vía subsidiaria del amparo remover toda una Sentencia con la que se está disconforme:

Por otra parte, también se ha puesto de manifiesto que el procedimiento y el Laudo arbitral no pueden ser objeto directo de impugnación en el recurso de amparo, ya que el Tribunal Constitucional carece de jurisdicción para su enjuiciamiento al no ser un acto referible a ningún tipo de poder público (art. 41.2º LOTC). De ese modo, las garantías contenidas en el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1º CE) sólo pueden ser proyectadas respecto del control jurisdiccional que se desarrolle sobre las fases del procedimiento arbitral previstas en la legislación, entre las más relevantes, la formalización judicial del arbitraje, el recurso o acción de anulación y la ejecución forzosa del laudo (por todas, STC 9/2005, de 17 de enero, FJ 2).

Por último, y en lo referido al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1º CE), este Tribunal ha reiterado que una de las garantías incluidas en este derecho es que las resoluciones judiciales han de estar motivada (art. 120.3º CE); es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión. Ello implica la garantía de que la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales no sea consecuencia de una aplicación arbitraria de la legalidad, no resulte manifiestamente irrazonada o irrazonable o incurra en un error patente, ya que, en tal caso, la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (por todas, STC 66/2010, de 18 de octubre, FJ 2).

“3. En atención a lo expuesto, debe rechazarse que concurra la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) aducida por la recurrente en relación con la argumentación de la resolución judicial impugnada para desestimar que no existía un convenio arbitral.

En efecto, tal como ha quedado acreditado en las actuaciones y ha sido reflejado más ampliamente en los antecedentes, la resolución impugnada, frente al motivo de oposición de la recurrente que alegó que no existía un convenio arbitral, argumentó que había sido la propia entidad demandante, a través del plan de actuación que presentó al Servicio de Defensa de la Competencia para su aprobación, la que aceptó las condiciones acordadas por el Consejo de Ministros para su fusión con Vía Digital, entre las que estaba el sometimiento a arbitraje, por lo que era expresa la voluntad de la recurrente en ese sentido (fundamento de Derecho décimo).

Pues bien, esta argumentación es respetuosa con el derecho a la tutela judicial efectiva, desde la perspectiva del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, ya que expresa las razones del rechazo de la pretensión de la entidad recurrente a partir de una selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales sobre la prestación de la voluntad de sometimiento a arbitraje que no resultan manifiestamente irrazonadas ni incurso en error fáctico. Además, esta argumentación tampoco ha afectado a la concreta dimensión del derecho de acceso a la jurisdicción, toda vez que, excluido que en este caso el sometimiento a arbitraje haya sido impuesto por ley, la conclusión sobre la efectiva voluntad de la recurrente de que controversias como la planteada fueran resueltas por un procedimiento arbitral con renuncia a la vía judicial se ha inferido de una conducta suficientemente expresiva del ánimo de renunciar, como es el hecho de que fue una de las condiciones

contenidas en el acuerdo para la operación de concentración económica y que expresamente se aceptó y desarrolló en el plan de actuación presentado por la recurrente.

4. Del mismo modo, deben rechazarse el resto de motivos alegados por la entidad recurrente para fundamentar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, ya que tampoco cabe apreciar ningún defecto de motivación con trascendencia constitucional en la respuesta judicial obtenida para desestimar la corrección de la designación de árbitros, el rechazo de la causa de recusación de los árbitros y la carencia de la condición profesional exigida por la Ley para el arbitraje.

En efecto, como también ha sido expuesto en los antecedentes, la resolución judicial incidió, en respuesta a la designación y cualificación de los árbitros, que el párrafo segundo de la condición vigésimo primera del acuerdo de concentración económica establecía que, en caso de no llegarse a un acuerdo sobre la designación del árbitro, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones actuaría como árbitro independiente, por lo que se ha cumplido el espíritu de la norma para el nombramiento arbitral.

Igualmente, se destaca en la resolución judicial impugnada, en cuanto a la carencia de la condición de abogados en ejercicio de los árbitros y la concurrencia de la causa de recusación, que era de aplicación la doctrina de los actos propios, ya que se trataba de un arbitraje institucional asumido voluntariamente por la recurrente, que conocía tanto que los miembros de la Comisión no tenían la condición de abogados como su carácter de organismo administrativo, señalando, además, que no concurría ninguna de las causas de recusación establecidas en la Ley de arbitraje (fundamentos de Derecho undécimo y duodécimo).

Pues bien, esta fundamentación, más allá de las posibles discrepancias que sobre la interpretación y aplicación de la legalidad ordinaria pueda tener la recurrente, no cabe afirmar que resulte arbitraria, al contar con una argumentación expresa en relación con cada uno de los motivos de oposición planteados, ni que sea irrazonable, al fundarse en una conexión lógica entre las premisas de las que parte y las conclusiones alcanzadas, ni tampoco que haya partido de un presupuesto fáctico incurrido en error patente. Ello determina que la demanda debe ser desestimada en su integridad y, en consecuencia, denegado el amparo solicitado”.

Interesa comentar, con la brevedad que requiere el caso, esta Sentencia. De un lado, confirma, definitivamente, que el arbitraje institucional realizado por la Administración Pública es, sin género alguno de dudas, un genuino arbitraje. Tan arbitraje como el que pueda realizarse en la forma habitual y tradicional de designación. Y luego lo extenderemos cuando nos refiramos a los supuestos de arbitraje realizados por las Administraciones Públicas, especialmente en el tema de telecomunicaciones.

Cuando se designó a la Administración, se plantearon dudas sobre si nos encontrábamos ante un auténtico arbitraje o ante una forma administrativa de gobernar una situación mediante un acto administrativo de juicio, tipo dictamen del Consejo de Estado o análogo. Y la respuesta, claramente, ha sido la de entender que tan arbitraje es el que se realiza ante la Administración Pública investida en su papel de árbitro como el que se realiza en cualquier arbitraje institucional de los que estamos habituados normalmente.

Esto pues, ha de quedar clarificado *hic et semper*. Y así lo comprobaremos igualmente en la jurisdicción civil y contenciosa como luego veremos con detalle al examinar los supuestos de arbitraje en el sector de telecomunicaciones y, por inducción, en los sectores regulados.

En segundo término, cobra importancia la forma en que se admite la existencia del convenio arbitral. En este caso, tratándose de una concentración económica, cuya

solución corresponde finalmente al Consejo de Ministros, éste ha de proceder a establecer la ordenación de la existencia misma del arbitraje y lo hace con designación, en este caso, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Y aceptar la condición es un acto que se estima completamente voluntario, si bien, no se puede ocultar que de una u otra manera, es un acto inducido; otra cosa es que se considere que ese incentivo suponga una verdadera coacción, pero entonces la impugnación de ese acto deberá llevarse a cabo por la vía contencioso-administrativa.

Esto es, cabalmente, cabe que un típico organismo administrativo sea la institución que imparta el arbitraje y que lo haga de conformidad con las reglas propias de la ley de arbitraje. Y va a ser resueltamente un arbitraje más, con todas sus consecuencias, tales como que la pretendida anulación se ventilará ante la jurisdicción ordinaria, ante los jueces civiles, no ante los jueces de lo contencioso administrativo.

Nótese cómo un acto dictado por una Administración Pública se examina como corresponde, como un acto privado. Y es que existen supuestos, ciertamente singulares, en los que hay actos dictados por las Administraciones Públicas que sin embargo tienen un contenido típicamente civil y que por ende permitirían en cualquier sede ser considerados propiamente actos civiles y por tanto ejecutables también en sede civil.

Piénsese por ejemplo en las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y el Notariado contra las calificaciones del Registrador de la Propiedad: pese a ser típicas resoluciones dictadas por un órgano administrativo, como es el Director de los Registros y el Notariado que no deja de ser un alto cargo nombrado por el Consejo de Ministros a propuesta del Ministro de Justicia, sin embargo se ven ante la Jurisdicción Civil.

Volviendo a la citada Sentencia del Tribunal Constitucional, hay que añadir dos aspectos de interés todavía. De un lado, que los árbitros no tienen que ser abogados en ejercicio (ahora, juristas) siempre que conste pacto expreso. En caso de que Sogecable no conociera al designar a la CMT que sus componentes no eran abogados en ejercicio –lo que desconocemos de los autos–, se nos antojan mayores dudas sobre la adecuación de la STC. En primer lugar, porque consideramos que la SAP Madrid debería entonces haber anulado, en aplicación de los apartados a), d) y f) del art. 41 LA 2003 en relación con el art. 15 del mismo texto.

Entonces, la respuesta ofrecida por la SAP Madrid habría sido lo suficientemente irracional (inaplicación de una norma imperativa en favor de unos actos propios discutibles porque el recurrente no habría conocido esa condición de los miembros de la CMT) como para generar indefensión susceptible de amparo a una de las partes. Siempre que el recurrente lo hubiera denunciado en el primer momento en el que tuvo conocimiento de la ausencia de condición de abogados en ejercicio de los componentes de la CMT. Entraría en juego entonces la diligencia desplegada por el recurrente en esa fase inicial.

El segundo aspecto de indudable interés es que no cabe lugar a la recusación de un órgano administrativo cuando previamente ha examinado técnicamente la cuestión en su veste de órgano encargado de supervisar un sector (en nuestro caso, telecomunicaciones) por mucho que luego sea el competente –porque así lo han designado las

partes, no lo olvidemos— para fungir como árbitro. Por poner un símil de perfecto encaje, sería como si se nombrara como árbitro a una persona y, una vez nombrado, con carácter previo al inicio del arbitraje se intenta una mediación ante la persona designada como árbitro y luego se le pretende recusar en ejercicio del art. 15.4 LA 2003.

Es pues del máximo interés esta Sentencia, lo que entendemos justifica el amplio espacio que le hemos dedicado, con inclusión desde luego, como material de interés, de su propio texto.

Tiene doble importancia esta Sentencia ya que además de reiterar la competencia estatal en todo lo que se refiere al arbitraje, incluido en su caso el denominado arbitraje administrativo, también nos interesa en cuanto se trata de una cabal resolución recaída en un caso en que con plenitud de acierto, la disposición legal remite para el arbitraje administrativo directamente a la ley de arbitraje. Este es el modelo a seguir y aunque ya hemos indicado que el Legislador hace leyes y no doctrina y el Tribunal Constitucional Sentencias y no doctrina, serviría de bastante recuperar la línea de algunas Sentencias en las que como hemos visto sí se hace un esfuerzo por encajar su texto resolutorio con la doctrina científica (así y muy significadamente la primera Sentencia dictada en este epígrafe sobre Sentencias del tribunal Constitucional).

B) Competencias para establecer un procedimiento arbitral en el marco energético de Canarias: Sentencia TC 18/2011, de 3 de marzo

Vamos así y con este bagaje en mente, a la Sentencia 18/2011, de 3 de marzo¹¹² Pleno del Tribunal Constitucional recursos de inconstitucionalidad acumulados ponente el magistrado Manuel Aragón Reyes.

El precepto impugnado dispone en relación con los derechos y deberes de los titulares de instalaciones de las redes de transmisión, que el Gobierno de Canarias podrá desarrollar un procedimiento de arbitraje:

“Los titulares de las redes en la Comunidad Autónoma de Canarias: [deberán] b) Permitir el uso de sus instalaciones por todos los sujetos autorizados en condiciones no discriminatorias, de acuerdo a las normas técnicas que rigen el transporte. Cuando en la aplicación de esta obligación no se produzcan los acuerdos pertinentes los interesados podrán acudir en solicitud de mediación a la Administración de la Comunidad Autónoma. En caso de no alcanzarse acuerdo, el Gobierno de Canarias, a propuesta de la Consejería competente en materia de industria, podrá desarrollar un procedimiento de arbitraje entre las partes en conflicto y emitir, en su caso, una norma de obligado cumplimiento para ellas, sin perjuicio de las sanciones que procedieran.”).

Posición de la Abogacía del Estado:

“El Abogado del Estado considera asimismo inconstitucional la letra b) del art. 13 de la Ley del sector eléctrico canario. Este precepto regula un régimen de resolución de conflictos por el uso de

¹¹² BOE 29.3.2011.

instalaciones de energía eléctrica entre los sujetos autorizados, el cual, además de incluir un procedimiento de arbitraje especial y nuevo, vulnera el modelo de resolución de conflictos previsto en el art. 38 LSE, en relación con el art. 8 de la misma ley. La norma estatal atribuye a la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico la función de actuar como órgano arbitral en los conflictos que se susciten entre los sujetos que realicen actividades de suministro de energía eléctrica. Por ello, el precepto autonómico impugnado, en la medida en que establece un procedimiento arbitral, sin tener competencia para ello y vulnerando las previsiones que sobre la materia ha establecido el Estado, resulta inconstitucional. En este caso, el Estado no sólo tiene la competencia exclusiva en “legislación procesal” (art. 149.1.6 CE) y “Administración de justicia” (art. 149.1.5 CE), sino también en materia de bases del régimen energético, lo que sin duda incluye la atribución a un órgano estatal de la resolución de los conflictos que surjan entre los sujetos intervinientes en el mercado de la energía eléctrica.”

Posición del Letrado del Parlamento de Canarias:

“El sistema de resolución de conflictos erigido por la letra b) del art. 13 de la Ley del sector eléctrico canario no contraviene, según entiende el Parlamento de Canarias, las bases estatales establecidas en el art. 38, en conexión con el art. 8 LSE. Indica que los conflictos a los que se refiere el citado art. 38 LSE quedan contraídos a las controversias que se susciten en el acceso a la red definida en el art. 35 LSE, que no comprende los sistemas eléctricos insulares, sino solamente su eventual interconexión con el sistema peninsular. No se obliga tampoco a los sujetos particulares a que acudan al arbitraje de la Administración autonómica, pudiendo dirimir sus diferencias directamente ante los Tribunales o acudir a otros cauces conciliatorios, como la posible mediación de la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico. Por otra parte, lo único que realmente está previendo el precepto impugnado es una norma habilitante, que faculta al Gobierno de Canarias a dictar una reglamentación organizativa atinente a ese servicio arbitral.”

Las instituciones canarias alegaban, pues, que el sistema arbitral establecido no era excluyente del sistema de arbitraje dispuesto por la Ley del Sector de Hidrocarburos que designaba a la Comisión Nacional de la Energía como órgano arbitral. Y, además, alegaban que el mecanismo instaurado por la Ley del sector eléctrico canario se circunscribe exclusivamente al sistema eléctrico insular y, dentro del mismo, a los conflictos relacionados con el acceso a la red de transporte que se opere en dicho sistema eléctrico insular. Y, a nada más.

En aquellos momentos la referencia a la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, ha de referirse a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje, que fue establecida según se indica expresamente en su disposición final segunda, “al amparo de la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación mercantil, procesal y civil, establecida en el art. 149.1.6 y 8 CE”.

Posteriormente, en la nueva Ley del Sector Eléctrico Ley 24/2013 de 26 de diciembre se centra en el arbitraje de consumo, y la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos exactamente igual. Es decir, hoy en día, en estos sectores, la posibilidad de arbitraje, a diferencia de la que existió en su momento, se reduce al arbitraje de consumo y eventualmente al que por vía indirecta pueda tener con ocasión de la aplicación de la ley de defensa de la competencia.

No obstante, volviendo al texto de la Sentencia, aprendemos que:

“En definitiva, el art. 13 b) de la Ley del sector eléctrico canario ha de ser declarado inconstitucional y nulo por cuanto no establece un instrumento de autocomposición extrajudicial como la conciliación o la composición (en cuyo caso no merecería objeción alguna en su confrontación con el art. 149.1.5 y 6 CE, como se advierte en la STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 54), sino que articula un procedimiento de arbitraje, que comporta un “equivalente jurisdiccional”, cuyo establecimiento queda reservado a la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación procesal civil (art. 149.1.6 y 8 CE), relacionada, en cuanto a los efectos del laudo arbitral y al sistema de recursos, con la competencia estatal en materia de Administración de Justicia (art. 149.1.5 CE)”.

Nótese cómo el único tema que preocupa al Tribunal Constitucional es el competencial. Y, para ello basta que se trate de legislación procesal como propiamente es cualquier mecanismo de arbitraje. Aunque se adereza con otros atributos como “civil” para reforzar esa competencia exclusiva del Estado.

Da por supuesto, ya como algo conocido, común y corriente, que sí cabe entender como normal la existencia de un arbitraje administrativo residenciado en la Comisión Nacional de la Energía como un típico supuesto de arbitraje. Y al que se le aplicaría entera la legislación de arbitraje, siendo su papel exactamente igual que el de un árbitro instaurado según el procedimiento común de designación de árbitros, con un proceso arbitral regido, sin perjuicio de especialidades, por la Ley de Arbitraje y que da lugar a un Laudo en sentido estricto, cuya eventual impugnación tendría que celebrarse ante los órganos civiles correspondientes de la jurisdicción.

Se confirma, una vez más, el carácter perfectamente normalizado del arbitraje administrado por un organismo público como genuino supuesto de arbitraje.

C) Implantación de un sistema alternativo de resolución de conflictos favorable a los consumidores: Sentencia TC 72/2014, de 8 de mayo:

La Sentencia 72/2014, de 8 de mayo¹¹³ Pleno del Tribunal Constitucional, recurso de inconstitucionalidad, plantea un supuesto extravagante en el que concluye la necesidad de adaptarse a las directivas comunitarias mediante la implantación de un sistema alternativo de resolución de conflictos favorable a los consumidores. La extravagancia reside en el tenor de la norma que, para evitar colisionar con la obligatoriedad del arbitraje –prohibido constitucionalmente– impone subsidiariamente acudir a al Ministerio de Ciencia y Tecnología (hoy Ministerio de Industria, Energía y Turismo), que establecerá reglamentariamente un procedimiento conforme al cual los usuarios finales podrán someterle dichas controversias; pero la decisión adoptada por el Ministerio será recurrible en vía contenciosa–administrativa.

El artículo sobre el que se cuestiona la constitucionalidad es el 38.1º de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, que reza:

1. Los operadores que exploten redes o que presten servicios de comunicaciones electrónicas y los consumidores que sean personas físicas y otros usuarios finales podrán someter las controversias

¹¹³ BOE 4.6.2014.

que les enfrenten al conocimiento de las juntas arbitrales de consumo, de acuerdo con la legislación vigente sobre defensa de los consumidores y usuarios.

Para el supuesto de que no se sometan a las juntas arbitrales de consumo o que éstas no resulten competentes para la resolución del conflicto, el Ministerio de Ciencia y Tecnología establecerá reglamentariamente un procedimiento conforme al cual los usuarios finales podrán someterle dichas controversias. En cualquier caso, los procedimientos que se adopten deberán ser rápidos y gratuitos y establecerán el plazo máximo en el que deberá notificarse la resolución expresa, transcurrido el cual se podrá entender desestimada la reclamación por silencio administrativo. La resolución que se dicte podrá impugnarse ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Así, los antecedentes de la STC recogen que el arbitraje de consumo, dado su carácter voluntario, es un verdadero arbitraje y lo distingue de esa fórmula subsidiaria que se desarrollará por el Ministerio de Industria, Energía y Turismo a la que no llega a calificar de forma alguna. Y así, cohonestas las exigencias comunitarias con las más propias nacionales.

“Recordemos, a este respecto, que el primer párrafo del art. 38.1 de la Ley 32/2003 deja a la voluntad de las partes el sometimiento de sus conflictos al conocimiento de las juntas arbitrales de consumo. Ello, por otra parte, no podía ser de otra manera, dado el carácter voluntario del arbitraje que, conforme a la legislación vigente sobre defensa de los consumidores y usuarios a la que remite el propio precepto legal citado, requiere para tener lugar de un convenio suscrito por las partes implicadas con posterioridad al surgimiento del conflicto (art. 57.4 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias, en su redacción dada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo). De ahí se deriva que, en el caso de que el operador no acceda a la suscripción del convenio en cuestión, el usuario final de servicios de telecomunicaciones no podría encomendar la solución de su problema a la junta arbitral correspondiente. El segundo supuesto tiene lugar cuando las juntas arbitrales de consumo “no resulten competentes para la resolución del conflicto”.

Precisamente para el caso de que se dé alguna de estas dos circunstancias, el precepto impugnado encomienda al Ministerio de Ciencia y Tecnología establecer reglamentariamente un procedimiento extrajudicial conforme al cual los usuarios finales podrán someterle dichas controversias, determinando, además, que el procedimiento que se adopte reúna —en defensa de los consumidores y usuarios— una serie de características, entre otras, que sea rápido y gratuito.

Resulta evidente, así, que la norma prevé la creación de un procedimiento administrativo como mecanismo adicional de resolución de controversias que se enmarca en el sistema de protección reforzada y específica del usuario final de telecomunicaciones exigido por la Directiva 2002/22/CE y, posteriormente, por la Directiva 2009/136/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, por la que se modifica, entre otras, la Directiva 2002/22/CE.

La regulación impugnada encuentra natural acomodo, por tanto, en el título competencial recogido en el art. 149.1.21 CE, al prever —como se ha dicho— un mecanismo de protección especial y reforzada de los consumidores en el ámbito específico de las telecomunicaciones, cuya finalidad última no es otra que asegurar la efectividad del servicio. Con dicha previsión, no se vulnera en modo alguno las competencias de las Comunidades autónomas, pues no se impide que estas, dentro del ámbito de sus competencias en materia de consumidores y usuarios, regulen los derechos de los mismos y los procedimientos de resolución de los conflictos que se deriven de los incumplimientos por los operadores en la forma que estimen conveniente.”

La posición del Tribunal Constitucional es criticable en varios aspectos: el primero, al no determinar con firmeza que la competencia estatal, además de residir en el art. 149.1.21 CE descansa en el art. 149.1.6 y 8 CE (en especial, el apartado 6 relativo a legislación procesal) pues, tras calificar el arbitraje de consumo como verdadero

arbitraje, no era necesario buscar fórmulas ingeniosas “*régimen general de comunicaciones*” que desvirtúa la naturaleza inicial de la norma; el segundo, rompe la idea arbitral del mecanismo establecido en el precepto cuestionado al encomendar, como sistema subsidiario del arbitraje de consumo, una solución que deriva en una vía extrajudicial impugnabile ante la jurisdicción contencioso-administrativa y que, en consecuencia, no se configura como un verdadero arbitraje. Y todo ello, solapándose con la competencia autonómica en materia de consumo. Es decir nos encontramos ante un mecanismo pseudoarbitral como suplementario a un instrumento propiamente arbitral.

En alguna medida, esta crítica, al menos en lo que hace a la cuestión competencial y a la coexistencia de dos sistemas bien diferentes de solución extrajudicial, luce en el Voto Particular que formula el Magistrado D. Luis Ignacio Ortega Álvarez, aunque se centra más en las atribuciones autonómicas que en la naturaleza, extravagante de encomendar al Ministerio la solución extrajudicial de controversias.

Se divide así una línea que conducía a admitir la utilización del arbitraje propiamente dicho y que hemos visto tenía un notable respaldo constitucional. Una línea que configura al final al consumidor de un servicio privado en una suerte de usuario de un servicio público, que implica que, en vez de constituirse un mecanismo propiamente arbitral, lo que se establezca sea una simple queja del servicio. Y es que parece que en ocasiones, incluso tras la privatización de los servicios anteriormente públicos y que hoy son meramente servicios económicos de interés general, la Administración continúa apegada a la vieja lógica del *Service Public* que desde la Escuela de Burdeos impregna por imitación a la vieja Administración Pública en España también.

No parece tampoco que ese sistema de solución de conflictos asignado al Ministerio de Industria, Energía y Turismo cumpla con la exigencia de la Directiva, dado que su posterior impugnación ante la vía contencioso-administrativo –por completo, no limitado a los motivos formales del art. 41 LA 2003– impide considerarlo como un instrumento ágil de solución de conflictos.

Y es que esta línea que se bifurca cuando hablamos del arbitraje impartido por la Administración Pública, debe corregirse atendiendo a la naturaleza propia de quien va a ser arbitrado y que no es otro que un administrado que desea pasar a la plena condición de ciudadano, lo que no consigue fácilmente sometándose al rígido cauce del procedimiento administrativo. Este procedimiento está pensado y organizado para constituir un cauce para la expresión final de una resolución administrativa, y muy particularmente para el acto administrativo de voluntad. Y extrapolarlo, dándole fuerza expansiva, para conseguir ahí la inversión de que sea la vertiente por la que ha de discurrir su posición como árbitro, implica forzar todo un encadenamiento de actos madurados para otra finalidad.

En resolución pues, nos encontramos con dos líneas divergentes, dos senderos que se bifurcan y que deberían, reunirse en el instituto arbitral. Si no fuera así, en términos, que queremos recordar ahora, de la mencionada Sentencia 11/1981, de 8 de abril que examinamos al principio de este apartado, nos encontraríamos “*Más allá de las palabras, lo que existe es la sumisión a una decisión de un órgano administrativo*”. Aunque es elogiable el esfuerzo del legislador por dotar a los consumidores de vías

alternativas a la jurisdicción contenciosa. No creemos, en cambio, como se ha sugerido en algún trabajo¹¹⁴, que se produzca una duplicidad de procedimientos o que exista un *solapamiento* –por emplear los términos del voto particular– puesto que son vías excluyentes: solo se podrá acudir a la vía ministerial en defecto de la arbitral: el precepto indica: “*para el supuesto de que no se sometan a las juntas arbitrales de consumo...*” con lo que esos temores de acudir a una vía y, dependiendo del resultado, a otra, no existen.

D) El arbitraje como instrumento frente a los problemas de la sociedad: Sentencia 12/2015, de 5 de febrero

Veamos a continuación cómo en un arbitraje administrativo se puede llegar a pre-determinar ciertos resultados o al menos a realizar un diagnóstico sobre las causas que determinan su presentación, tal como lo expresa la Sentencia 12/2015, de 5 de febrero¹¹⁵. Pleno del Tribunal, recurso de inconstitucionalidad promovido por más de 50 diputados del Grupo Parlamentario Socialista en el Real Decreto–Ley 6/2013, de 22 de marzo, de protección a los titulares de determinados productos de ahorro e inversión y otras medidas de carácter financiero. Es el conocido “*Caso Preferentes*”.

Ahora, en el sector financiero, se adopta una medida la que se atribuyen facultades arbitrales a una organización administrativa, ligadas en definitiva al consumo. Lo que la doctrina *iusadministrativista* denomina actividad administrativa arbitral.

Nótese pues como el arbitraje de consumo tiene una vis expansiva enorme, ya que son múltiples los sectores en los que se produce lo que ya desde hace tiempo la doctrina administrativista, calificando el supuesto administrativo puro, denominó *Daseinvorsorge* o “procura existencial”, cuyo máximo exponente, Ernst Forsthoff¹¹⁶ entendía que en el Estado de la Sociedad Industrial, o la Administración cuida de todos, imperativa o deliberativamente, o nadie cuidará del ciudadano medio abandonado por los poderes. Y, para ello, siempre que hubiera un problema o cuestión con una gran compañía de servicios, públicos desde luego pero inclusive privados, sería necesario que el Estado le protegiera y para ello creara los mecanismos de solución de conflictos que fueran necesarios.

El arbitraje de consumo recibió así en el continente un impulso fuerte, enérgico, donde el Estado fuera el “gran garante” que al final con autoridad, aunque mediante persuasión previa, lograra formulaciones de protección y garantía al ciudadano. El Estado como Árbitro, sería así una formulación no extraña al pensamiento de origen

¹¹⁴ P. Chico de la Cámara (dir.), *Una propuesta para la introducción en nuestro sistema administrativo y tributario de medidas alternativas de resolución de conflictos (ADR)*, Instituto Nacional de Investigación Pública, octubre 2017 en la que se menciona el riesgo de una “disfunción” en caso de acudir a ambos sistemas, lo cual, además de no compadecerse con la letra del artículo, se enfrenta a otros problemas de índole procesal como la litispendencia o la cosa juzgada propia de los laudos dictados por las Juntas Arbitrales de Consumo.

¹¹⁵ BOE 2.3.2015.

¹¹⁶ E. Forsthoff, *El Estado de la sociedad industrial*, Madrid, IEP, 1975.

al final en el existencialismo (Heidegger) que concluye entre los juristas con esta aportación impulsora del arbitraje estatal. Un fuerte componente autoritario también, sin duda, pero en una época en la que las formulaciones alternativas no dejaban de ser igualmente de cierto componente imperativo.

Derivaciones de aquel movimiento lo constituyen en definitiva, múltiples fórmulas, algunas cursando a través, lo hemos visto, de la democracia deliberativa, otras mediante conciliaciones que procuran por encima de todo, la pacificación del sector.

Si a ello añadimos, hoy en día, el fuerte componente transaccional propio de una democracia tipo contractualista, no debe extrañar que el cuidado del consumidor aparezca en todos los sectores, especialmente en todos aquellos en que la asimetría en la información y en el poder, sean enormes. Y ante esa indefensión, sea llamada la Administración a resolver. Y aquí la nueva fórmula arbitral aparece rodeada del prestigio adquirido en otras lides, tremendamente útil en todo caso para lograr el objetivo de tal garantía y protección.

En este caso se dará en el sector financiero.

El art. 1 del Real Decreto–ley 6/2013, de 22 de marzo, de protección a los titulares de determinados productos de ahorro e inversión y otras medidas de carácter financiero del afectaba al arbitraje en dos vías: (i) se crearía una Comisión encargada de delimitar los supuestos en los que cabría el arbitraje y (ii) esta Comisión exigiría a las entidades participadas por el FROB ofrecer a sus clientes –resulta característico que no utilice el término “consumidores”, consciente de la gravedad de las preferentes– el empleo del arbitraje como medio de solución de disputas:

“Se crea la Comisión de seguimiento de instrumentos híbridos de capital y deuda subordinada (en adelante, la «Comisión»), como órgano colegiado adscrito al Ministerio de Economía y Competitividad a través de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, encargado de realizar labores de análisis de los factores generadores de las reclamaciones judiciales y extrajudiciales relativas a la comercialización de instrumentos híbridos de capital y deuda subordinada por parte de las entidades en las que el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria tenga participación, de propuestas relacionadas con su comercialización y de determinación de los criterios para que ciertas reclamaciones puedan ser sometidas a arbitraje”.

[...]

“Adicionalmente, la Comisión determinará criterios básicos que habrán de emplear las entidades participadas por el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria al objeto de ofrecer a sus clientes el sometimiento a arbitraje de las controversias que surjan en relación con instrumentos híbridos de capital y deuda subordinada, con el fin de que estos queden adecuadamente compensados del perjuicio económico soportado, en caso de laudo estimatorio”.

Nótese pues que se trata de fijar criterios de las reclamaciones lo que supone desde luego un tipo de intervención que se traduce en agrupar esas reclamaciones según tuviere a bien el propio Ministerio, clasificarlas, organizar su material según razones de diferente índole tales como la facilidad para atenderlas, su cuantía, etc. Todo ello dentro pues de una actividad de segunda derivada por así decir.

Esto es posible, desde luego, en un arbitraje masivo y de índole administrativa. Sería difícil aceptar su creación en cuanto se refiriera a arbitrajes comunes, en los que

esa clasificación y calificación de los créditos a administrar por la vía de arbitraje, podría inducir, probablemente, a un prejuicio de dudosa compatibilidad con el arbitraje. Porque el análisis de los factores que han motivado la presentación de reclamaciones judiciales y extrajudiciales por los titulares de instrumentos híbridos de capital y deuda subordinada frente a las entidades de crédito en las que el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria tiene participación, dependiendo de cómo se haga, puede ser un factor decisivo a la hora de determinar el contenido de un laudo.

En sus Fundamentos Jurídicos, la Sentencia se remite al debate parlamentario, en el que se indicaba:

“...este real decreto-ley contiene dos medidas fundamentales: en primer lugar, se crea una Comisión de seguimiento al más alto nivel que estará presidida por la Presidenta de la Comisión Nacional del Mercado de Valores y cuya vicepresidencia corresponde al subgobernador del Banco de España ... La citada Comisión tendrá como principales propósitos los siguientes: establecer las directrices de la ejecución de los procedimientos de arbitraje y hacer un seguimiento de los problemas sociales derivados de la comercialización de participaciones preferentes y otros instrumentos híbridos de capital [...] El Gobierno no pretende crear un órgano más sino que persigue que esta Comisión actúe como un verdadero organismo supervisor que ejerza un auténtico control de manera transparente y eficaz y, por eso, entre las funciones que se le han encomendado a esta Comisión están las siguientes: En primer lugar, analizar las causas que generan las reclamaciones judiciales y extrajudiciales relativas a la comercialización de instrumentos híbridos de las entidades controladas por el FROB; en segundo lugar y como muestra de que queremos que sea un órgano transparente, tendrá que informar de dichos procedimientos a esta Cámara trimestralmente, y, en tercer lugar, tendrá que elevar propuestas de mejora para la protección del inversor en la comercialización de este tipo de productos”.

Hay que advertir que se trata de un instrumento administrativo de segundo grado, ya que se pretende observar los procedimientos en los que a su vez se diriman, mediante la aplicación de directrices que vinculan en cuanto al objeto dejando en libertad los medios para conseguirlos: el correspondiente arbitraje (arbitraje de las controversias que surjan en relación con instrumentos híbridos de capital y deuda subordinada).

Dice así:

“[H]a sido voluntad de este Gobierno el impulso de unos procedimientos de arbitraje para dirimir las controversias derivadas de la comercialización de participaciones preferentes y deuda subordinada [...] el sistema arbitral de consumo es una solución extrajudicial y voluntaria de resolución de conflictos de carácter vinculante y ejecutivo para las partes ... Consideramos que es una vía rápida, eficaz y menos costosa que un procedimiento judicial ... Más de 16.000 casos en Novacaixagalicia y casi 10.000 en Catalunya Banc han sido resueltos y los ahorradores han podido recuperar su dinero. Como ven, con unos resultados positivos; el arbitraje ofrece una solución inmediata y a unos costes asequibles para los ahorradores, que evitan así tener que emprender un proceso judicial largo y costoso...”.

“Este real decreto-ley ... contiene dos medidas fundamentales: en primer lugar, se crea una Comisión de seguimiento al más alto nivel que estará presidida por la Presidenta de la Comisión Nacional del Mercado de Valores y cuya vicepresidencia corresponde al subgobernador del Banco de España ... La citada Comisión tendrá como principales propósitos los siguientes: establecer las directrices de la ejecución de los procedimientos de arbitraje y hacer un seguimiento de los problemas sociales derivados de la comercialización de participaciones preferentes y otros instrumentos híbridos de capital...”

Y aquí, vuelve al arbitraje administrativo, en los términos que vimos en el recurso interpuesto por la Comunidad de Madrid frente a regulaciones energéticas y que se utilizan de manera analógica. Siendo claramente analógico pues el contenido de las propias regulaciones.

Lo dice así el Tribunal Constitucional:

“La creación y regulación de la comisión no puede calificarse así de “innecesaria” o “desproporcionada”, pues supervisar, a través de un órgano independiente, las relaciones entre los inversores y comercializadores de estos productos financieros y el desarrollo de los procesos dirigidos a garantizar la protección de los inversores minoristas, prestando especial atención a los afectados que se encuentren en una situación de especial vulnerabilidad, así como proponer medidas o criterios alternativos que agilicen los procedimientos dirigidos a obtener la devolución de las cantidades procedentes, pueden considerarse instrumentos que contribuyen de manera efectiva a la introducción de “mejoras regulatorias” en los mecanismos de protección de quienes han resultado afectados por los errores en la comercialización de estos productos financieros, por lo que existen una conexión de sentido entre las medidas adoptadas y la concreta urgencia invocada. Hay pues una coyuntura económica problemática, que en el precepto examinado se pretende atender mediante la creación de un organismo encargado de velar por la transparencia del proceso, y la promoción de criterios dirigidos a favorecer la agilización, mediante el recurso a procedimientos arbitrales. Cabría recordar, a efectos analógicos, lo señalado en la reciente STC 142/2014, de 11 de septiembre, en la que se vino a considerar conforme con el orden constitucional de competencias, la previsión de la oficina de información, atención y arbitraje para el consumidor de productos energéticos, por vía de decreto-ley.”

En definitiva, la Sentencia se preocupa del problema de la urgencia como aspecto central sobre el que tiene que pronunciarse, pero da por supuesta la opción de constituir órganos y procedimientos administrativos-arbitrales, lo cual corrobora plenamente esta posibilidad. No se trata de un sistema de arbitraje de consumo –el término “clientes minoristas” del art. 78 bis de la Ley del Mercado de Valores no es idéntico pues este engloba, además de consumidores, a un gran número de empresas– aunque el procedimiento arbitral diseñado goza de notas muy similares. Siempre que se cumplan los criterios enumerado por el FROB en su nota informativa de 17 de abril de 2013 se activaría este arbitraje administrativo donde los laudos gozan de efectos de cosa juzgada.

El Tribunal Constitucional, pues, admite que vía procedimiento administrativo pueda atenderse a las exigencias arbitrales constituyendo así un supuesto claro de arbitraje en el seno de las Administraciones Públicas. Éstas pueden pues, desde luego en sectores regulados, ser calificadas, con todas sus peculiaridades, como árbitros y su resolución constituye un supuesto de laudo con las consecuencias que pueden ser inherentes a esta figura.

E) Algunos supuestos emparentados: Sentencia TC 8/2016, de 21 de enero

En línea directa con la calificación como administrativo y al mismo tiempo como arbitraje en el sector de las telecomunicaciones, aparece la Sentencia 8/2016, de 21 de

enero¹¹⁷, Pleno del Tribunal Constitucional, recurso de inconstitucionalidad, interpuesto por el Presidente del Gobierno, contra diversos preceptos de la Ley 3/2013, de 20 de mayo, de impulso y ordenación de las infraestructuras de telecomunicaciones de Galicia.

En él, a los efectos que nos interesan, se contiene la siguiente declaración en sus Fundamentos Jurídicos si bien, utiliza el término “arbitraje” cuando en realidad se refiere a los supuestos de interconexión y acceso de terceros a la red, lo que como tendremos ocasión cumplida de mostrar, son términos y conceptos diferentes, tal como se indica en la propia jurisprudencia.

Indica así la Sentencia:

“9 [...] El derecho/obligación de los operadores de redes públicas de comunicaciones electrónicas a solicitar/proporcionar el acceso de terceros y la interconexión de redes constituyen elementos clave para garantizar la libre competencia en el sector, así como la interoperabilidad de los servicios. Se parte, así, del principio de libertad de contratación (ostentando tal naturaleza los acuerdos a que lleguen los operadores privados entre sí) pero, dada la importancia de los fines que se persiguen, se permite la intervención pública para garantizar su consecución en caso de desacuerdo privado. Esta regulación (esencial) del mercado de las comunicaciones electrónicas —que debe prever, además, que las condiciones impuestas a los operadores sean objetivas, transparentes, proporcionadas y no discriminatorias, conforme a la propia regulación comunitaria sobre esta materia (art. 12 de la Directiva 2002/19/CE modificada por la 2009/140/CE) y establecer mecanismos de resolución de conflictos en caso de desacuerdo entre operadores (sistema de arbitraje por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia)— se inscribe, de forma natural, en la competencia exclusiva del Estado reconocida en el art. 149.1.21 CE que la ha ejercido a través de la regulación contenida en el art. 12 de la Ley general de telecomunicaciones así como en el todavía vigente Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración.”.

Sin más, pues, se entiende que la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia cuando resuelve un conflicto entre operadores, es un supuesto de solución no arbitral, pese a que, quizás como un *flatus vocis* hable de arbitraje para simplificar el hecho de que nos encontremos ante un medio de solución extrajudicial de conflictos confiado a la Administración Pública. Otra Sentencia que será soporte, en la parte que luego examinamos, de las características arbitrales de este tipo de soluciones.

F) El arbitraje como elemento subsidiario: Sentencia TC 32/2016, de 18 de febrero

Una cierta separación de la doctrina anterior del propio Tribunal Constitucional en el arbitraje administrativo en sectores regulados, se encuentra en Sentencia 32/2016, de 18 de febrero¹¹⁸ Pleno del Tribunal Constitucional, recurso de inconstitucionalidad,

¹¹⁷ BOE 22.2.2016.

¹¹⁸ BOE 23.3.2016.

interpuesto por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña contra Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del sector eléctrico.

La Sentencia, cargada con dos Votos particulares sobre este subsidiario arbitraje administrativo, uno de ellos de la propia Ponente, se centra, fundamentalmente, en si determinados supuestos de solución administrativas de controversias sobre incumplimientos de la normativa eléctrica, corresponde al Estado o a las Comunidades Autónomas. Lo cual da idea ya de la complicación en que se encuentran todos estos mecanismos en cuanto son soluciones administrativas en sectores regulados a los que se pretende asimilar al arbitraje cuando, realmente, difícilmente serían calificados como tal.

Máxime en este supuesto en que resulta que lo que centra la disputa constitucional es un instrumento subsidiario al propio arbitraje de consumo.

El precepto cuestionado, indicaba:

“El art. 43.5 dispone literalmente:

“5. Para el supuesto de que no se sometan a las entidades de resolución alternativa de litigios en materia de consumo o que estas no resulten competentes para la resolución del conflicto, los usuarios finales que sean personas físicas podrán someter la controversia al Ministerio de Industria, Energía y Turismo, cuando tales controversias se refieran a sus derechos específicos como usuarios finales, incluidos todos los previstos en esta ley y sin perjuicio de las competencias del resto de Administraciones Públicas. No podrán ser objeto del procedimiento anterior las controversias que se encuentren reguladas por normativa distinta de la de protección específica de los usuarios finales de energía eléctrica.

El procedimiento, que se aprobará por orden del Ministro de Industria, Energía y Turismo, deberá ser transparente, sencillo y gratuito. La resolución que se dicte podrá ordenar la devolución de importes indebidamente facturados y, en general, disponer cuantas medidas tiendan a restituir al interesado en sus derechos e intereses legítimos, incluyendo la posibilidad de reembolso y compensación por los gastos y perjuicios que se hubiesen podido generar.

Los sujetos del sector eléctrico estarán obligados a someterse al procedimiento, así como a cumplir la resolución que le ponga fin. En cualquier caso, el procedimiento que se adopte establecerá el plazo máximo en el que deberá notificarse la resolución expresa, transcurrido el cual se podrá entender desestimada la reclamación por silencio administrativo, sin perjuicio de que la Administración tenga la obligación de resolver la reclamación de forma expresa, de acuerdo con lo establecido en el art. 43 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. La resolución que se dicte podrá impugnarse ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Lo dispuesto en este apartado será aplicable a todas las modalidades de suministro previstas en esta ley para usuarios finales que sean personas físicas.”

Vemos pues que se trata de un instrumento subsidiario del propio arbitraje de consumo, y que responde a lo que se ha caracterizado como un instrumento público y obligatorio que implica sumisión al acto administrativo y que por ende no se entiende como arbitraje. En todo caso, la presencia de la Administración en la solución pacificadora es, sencillamente, calificable como de omnipotente. Está permanentemente presente, sea en arbitraje de consumo, sea en este mecanismo subsidiario de solución.

De ahí la discusión sobre si se trata de una competencia ejecutiva ancilar a las competencias estatales o autonómicas, que permitiría distinguir si corresponde al propio

Estado el diseño del órgano de solución y sin embargo a la Comunidad Autónoma su ejecución.

Pero a los efectos que nos interesan, lo que cabe decir es que, albarda sobre albarda, preferentemente existe un arbitraje de consumo y en caso de que las controversias no se someten a esos arbitrajes, se establece una solución administrativa propia de estos nuevos actos administrativos, que responden a una técnica que tiene algo más presente al administrado, cercano inclusive a la idea de consumidor, pero que finalmente no deja de constituir un acto administrativo, que se impondrá de manera ejecutiva pese al carácter más o menos convencional de la terminación final.

Un caso que plantea el Tribunal es el de la lógica en la redacción de las Sentencias y aplicación del Derecho, que, en casos especialmente angustiosos desde la perspectiva social, lleva a algún Magistrado a plantear inclusive cuál es el papel que tienen que jugar los juristas.

Permítasenos citar el Voto Particular del Magistrado Xiol Ríos, duro, que critica que el positivismo formalista suponga la marginación de parte de la población:

“En suma, como vengo haciendo infructuosamente en esta y otras deliberaciones anteriores, invito a reflexionar sobre si el papel de los juristas y en especial de los jueces constitucionales en la sociedad actual va más allá del positivismo formalista y sobre si un sistema que, por perfecto que parezca en términos de simetría lógica, subordine su mantenimiento y funcionamiento a la marginación o exclusión social de parte de su población, tiene cabida en un régimen jurídico-constitucional que se define como social y democrático”.

Son hermosas palabras máxime expresadas en una Sentencia constitucional y que recuerdan la teoría de la justicia que ya Sen¹¹⁹ viene defendiendo hace algún tiempo. La cuestión, que no se puede dilucidar aquí, es si son la fórmula para resolver constitucionalmente una cuestión como la de decidir cuál es el título prevalente en materia de pobreza energética, si los propios del régimen jurídico de la electricidad e hidrocarburos u otros títulos más genéricos como la subordinación de toda la riqueza nacional al interés general.

G) La dignidad como último fundamento constitucional del arbitraje: Sentencia TC 1/2018

Y finalmente, llegamos a la Sentencia del Tribunal Constitucional 1/2018, que hemos comentado y cuya exposición en consecuencia resumimos.

En esencia, indicábamos, que la dignidad, base misma de la autonomía de la voluntad, explica bien el fundamento constitucional del arbitraje en lo que hace al que se refiere o recae sobre personas físicas. No desde luego cuando se trata de personas

¹¹⁹ A. Sen, *The Idea of Justice*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge Massachusetts. 2009

jurídicas, mucho menos si se trata de personas jurídico–públicas y singularmente del Estado.

El Estado, como tal, puede tener reconocido competencias, potestades y reconocimientos propios de la soberanía que exigen desde luego, respeto simbólico e institucional. Pero como hemos venido indicando no cabe antropofornismo ni prosopopeya alguna que permita que la atribución de la dignidad sea el soporte jurídico de su protección. Lo que equivale a indicar que al final, superada cualquier forma de equiparación con la persona física, su genuina fundamentación es, resueltamente, el denominado equivalente jurisdiccional, lugar común de toda arquitectura institucional apta para soportar la construcción de una naturaleza al arbitraje que pueda utilizarse en los diferentes tipos y especies que se ofrecen de esta institución.

Remitimos a lo ya indicado anteriormente en el *excursus* realizado.

Por su lado, reitera la competencia estatal la Sentencia 54/2018, de 24 de mayo Pleno del Tribunal Constitucional, ponente el magistrado Fernando Valdés Dal–Ré, en un supuesto de mediación obligatoria en acciones procesales de consumo en el ámbito de suministro de energía cuando se dé situación de “pobreza energética”, entiende que es un presupuesto procesal y como tal, ley procesal que corresponde al Estado.

Lo interesante del caso es que cuando se adicionan simultáneamente mediación y arbitraje, el Tribunal Constitucional de manera decidida, entiende que este último concepto absorbe el complejo normativo y, a partir de ahí, determina la competencia para regularlo. Prueba de la fuerza que tiene el arbitraje desde la perspectiva jurídica en comparación con el resto de los instrumentos que se le adhieren, adelantan o asemejan.

Indica la Sentencia:

“De conformidad con el Tribunal Constitucional, “el precepto ahora impugnado incurre en inconstitucionalidad en la medida en que sí instituye la mediación en presupuesto procesal para el ejercicio de la jurisdicción, desbordando así el ámbito de lo constitucionalmente admisible. La imperativa redacción del precepto (“Las partes en conflicto...deben acudir a la mediación o pueden acordar someterse al arbitraje”) impide acoger la interpretación que se nos propone por la representación procesal del Gobierno de Cataluña, y que relaciona este precepto con el art. 132.2º del Código de consumo de Cataluña, según el cual “[d]e acuerdo con el principio de voluntariedad, las partes son libres de acogerse a la mediación así como de desistir de ella en cualquier momento”. Ante dos determinaciones antitéticas, es necesario purgar la que, habiendo sido impugnada, resulta incompatible con el orden constitucional de distribución de competencias, al invadir la competencia estatal en materia de legislación procesal (art. 149.1.6 CE), de acuerdo con la doctrina recogida en la STC 47/2004, de 25 de marzo, FJ 4. Por ello debe estimarse la impugnación, si bien acotada a los incisos “o demanda judicial” y “o a la demanda judicial” del apartado tercero del art. 132–4 del Código de consumo de Cataluña, pues no aparece argumentada por el Abogado del Estado la vulneración de las competencias estatales del art. 149.1.11 y 13 CE que, adicionalmente, se imputa al precepto”. (BOE nº 151, de 22 de junio de 2018).

PARTE I

DIMENSIÓN INTERNA

CAPÍTULO II

FUNDAMENTOS DEL ARBITRAJE ADMINISTRATIVO

I. Aproximación a la noción

1. *Un instrumento valioso en favor de los administrados*

En la actualidad se ha generalizado el denominado arbitraje de Derecho administrativo que es aquél en que como mínimo una de las partes es una Administración pública y acuerdan someter las eventuales controversias, surgidas o que puedan surgir en materia de su libre disposición, a varios árbitros¹²⁰. Puede definirse como aquel mecanismo “mediante el cual la Administración Pública en cualesquiera de sus manifestaciones y los administrados, pueden pactar que sus diferencias, surgidas en las materias de su libre disposición o en aquellas expresamente señaladas por la ley, sean resueltas por árbitros mediante un laudo que tiene la eficacia de la cosa juzgada, excluyendo así el asunto concreto del conocimiento de los órganos jurisdiccionales competentes”¹²¹.

Una de las cuestiones jurídicas más controvertidas en torno al arbitraje es el de las materias que pueden ser sometidas a este procedimiento de arreglo de controversias, especialmente en asuntos administrativos, unas materias caracterizadas tradicionalmente como indisponibles y que, por mandato constitucional, la Administración se erige en garante del interés público. En efecto, dentro de los límites a la arbitrabilidad, el interés público ha operado como un límite esencial¹²² y, en este contexto, la cuestión esencial atañe a la eventual inclusión en el convenio arbitral de materias de Derecho público o que impliquen el ejercicio de competencias o potestades por parte de las Administraciones públicas. Como apunta el profesor Fernández Rozas,

“El elemento cardinal de la polémica radica en la necesidad de que el árbitro no se subroge en el papel de la Administración. Es cierto que un sector de la doctrina se inclina por una posición negativa justificada con argumentos tales como la indisponibilidad de la materia por carencia de competencia, el orden público, el ejercicio de potestades administrativas, el carácter de *ius cogens*; los actos de autoridad, como categoría contrapuesta actos de gestión, la perteneciente al Derecho administrativo, dado su sometimiento al principio de legalidad y, por último, el interés público, sin perjuicio de cuál sea la naturaleza de la actuación. Pero no es menos cierto que la postura doctrinal mayoritaria se inclina por una solución caso por caso insistiendo en la conveniencia de establecer una lista de materias disponibles para el arbitraje en Derecho administrativo y otras excluidas. Entre estas últimas se citan los asuntos de policía, soberanía, tráfico específicamente administrativo y las potestades normativas de la Administración. Por el contrario, en la lista de materias susceptibles de ser sometidas a arbitraje se agrupan cuestiones tan heterogéneas como: la actividad convencional de la Administración (contratos, convenios interadministrativos, actividad convencional y arbitral en el Derecho tributario, acuerdos sectoriales, actuaciones que permiten una terminación convencional del procedimiento con arreglo a la ley), los litigios que versen sobre reclamación de cantidad (expropiación forzosa, responsabilidad patrimonial, etc.), las controversias que tengan carácter o índole patrimonial y las que versen sobre la función

¹²⁰ J.M. Trayter Jiménez, “El arbitraje del Derecho administrativo”, *Revista de la Administración Pública*, n° 143, 1997, pp. 75 ss.

¹²¹ Cf. L. Fraga Pitaluga, *El arbitraje en el Derecho administrativo*, Caracas, 2000, p. 48.

¹²² *Vid.* con carácter General, J.C. Fernández Rozas, “Algunas consideraciones sobre la noción de arbitrabilidad”, *Anuario de Arbitraje*, 20202 (en prensa).

pública siempre que se realice una aproximación del régimen funcional al régimen propio de los trabajadores; actuación de la Administración sometida al Derecho privado y señaladamente los contratos privados de las Administraciones públicas. Especialmente se hace hincapié en la idoneidad del arbitraje para los contratos internacionales del Estado o de sus empresas dependientes¹²³.

agimen singular y no existía una visión de conjunto y común, como ocurre con el arbitraje respecto de la jurisdicción. Cada prebenda tenía un fuero singular, siendo el panorama global el de un “*cosmos de privilegios*”, en lugar de una ley general aplicable por igual a todos los ciudadanos. De tal forma que había que indagar en cada carta de otorgamiento de las concesiones de privilegios (encartación o encartaciones) si se admitía que hubiera sometimiento a jueces legos o eclesiásticos que decidieran, según su conciencia, los conflictos generados en la aplicación de cada fuero¹²⁴.

A partir de la promulgación CE gaditana de 1812 es cuando existe una Hacienda general y unos jueces independientes y, por tanto, hace su aparición la labor del Consejo de Estado, imitando al *Conseil d'État* francés¹²⁵. Éste será el órgano encargado, por fin, de sujetar la Administración al Derecho; primero lo hizo como un beneplácito o licencia que graciosamente daba el Rey (justicia retenida) y luego ya por habilitación permanente (justicia delegada)¹²⁶. Lo cual no obsta a que existan precedentes en Grecia y Roma, y que existieran ilustres formulaciones de arbitrajes para lograr por la paz lo que hasta entonces se solucionaba, no en pocas ocasiones, mediante intervención militar¹²⁷.

Nos referiremos aquí, exclusivamente, al ámbito pasivo del arbitraje administrativo; esto es, a la consideración de las administraciones y entidades públicas, el Estado en definitiva, como posible sujeto subordinado a arbitraje. Es decir, que un tercero (árbitro) decida sobre un conflicto en el que una parte, generalmente el demandado, es el Estado u otras personas jurídico-públicas. Es, por tanto, un arbitraje exógeno pasivo (aunque pueda ser también activo) derivado de un proceso heterocompositivo. Esto es arbitraje en sentido genuino, que se distingue de otros fenómenos que ya hemos descrito de autocomposición o de carácter mixto con los que no se debe confundir.

Sobre esta determinación de someter a arbitraje la acción pública del Estado cuando entra en negocios internacionales se dan las tradicionales soluciones de controversias en el doble campo de los negocios internacionales y el Derecho internacional público. Es una integral que adiciona, tanto las aportaciones del arbitraje internacional comercial como el más clásico arbitraje de inversiones, sujeto al Derecho internacional público¹²⁸.

¹²³ Cf. J.C. Fernández Rozas, *Tratado de Arbitraje comercial en América latina*, Madrid, Iustel, 2008, nº 663.

¹²⁴ E. García de Enterría, *Revolución Francesa y Administración contemporánea*, Cizur Menor, Aranzadi, 2011.

¹²⁵ Llamado inicialmente Consejo Real.

¹²⁶ E. García de Enterría, *op. cit.*

¹²⁷ Aunque los romanistas insisten en la existencia de fórmulas arbitrales procedentes de la *Hélade*, vid. A. Fernández de Buján, en su Discurso de recepción el 20 de enero de 2014 en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. *La Deuda Histórica del Arbitraje Moderno*. Citamos por la edición *no venal* que obsequia directamente la Real Academia con ocasión de la asistencia al acto.

¹²⁸ Con claridad, indica J.C. Fernández Rozas, en “Internacionalismo versus...”, *loc. cit.*, p. 37: “Los abogados dedicados a resolver controversias en el marco del Derecho de los negocios internacionales contemplan los arbitrajes entre Estados como algo irrelevante y hasta esotérico, mientras que los profesores, funcionarios y abogados dedicados al Derecho internacional público ven el arbitraje comercial

En todo caso conviene también distinguir y asumir que tienen su propio estatus y que, cuando el Estado y sus entes públicos deciden entrar en el campo de los negocios, es cuando no podrán impedir que efectivamente se les aplique la lógica privada. Toda esta enorme complejidad surge del mismo dato: la resistencia del Estado (y sus administraciones y demás entes públicos) a someterse a arbitraje. La claridad y la sencillez son enemigas de semejante confusión, provocada por esa oposición¹²⁹ que cada vez encuentra menos resistencia en lo que se refiere a las empresas estatales que buscan expandir sus negocios fuera.

Finalmente decir que otras figuras que han cursado su evolución paralelamente al arbitraje en el ámbito del Derecho administrativo, como la transacción, apenas será examinada en el lugar correspondiente o la mediación salvo en lo ya descrito.

2. Balance de un debate acerca de su aceptación

A) Colapso de la administración de la justicia

La doctrina administrativista se divide a la hora de aceptar el arbitraje como un instrumento procesal válido para el sometimiento del poder público¹³⁰ y en ocasiones parece reducir la utilidad del arbitraje administrativo a sectores poco convencionales, lo que ha coadyuvado a dejar una sensación de abandono de esta materia. Esto es algo a superar, aunque sin ingenuidad académica, se trata de una cuestión muy azarosa y llena de dificultades dado el peso de la tradición y la confortabilidad de la Administración con el actual *status quo* jurisdiccional. No es dudoso que, para las Administraciones Públicas, el contencioso-administrativo es una “zona de confort”.

No cabe duda, insistimos, de que la jurisdicción contencioso-administrativa se encuentra colapsada, lo que puede bautizarse como una crisis de la justicia administrativa¹³¹ y lo que es peor, una crisis de confianza de los inversores y los propios ciudadanos en la eficacia e independencia del sistema judicial¹³². Tendremos ocasión concreta de comprobarlo cuando analicemos cómo los inversionistas internacionales han acudido de forma masiva al arbitraje internacional, precisamente por desconfianza en el orden contencioso administrativo español (asuntos fotovoltaicos y otras energías alternativas), un ejemplo de que, si efectivamente se da la posibilidad de acudir al

como un proceso esencialmente alejado de sus preocupaciones y con cierta displicencia aunque sin desconocer los beneficios económicos que depara”. En este mismo trabajo, el autor recuerda los más ilustres orígenes del arbitraje internacional. Seguimos este trabajo del autor, asimismo, en orden a centrar lo que entendemos propiamente por Arbitraje de Derecho administrativo.

¹²⁹ J.F. Merino Merchán, “La lucha contra las prerrogativas estatales en el arbitraje comercial internacional”, *Ceu Ediciones*, nº 3, 2008, p. 10 y ss.

¹³⁰ A. Huergo Lora, *La resolución extrajudicial de conflictos en el Derecho administrativo*, Zaragoza, Cometa, S.A., 2000.

¹³¹ F. García Ortells, “La aceptación del arbitraje en el ámbito del Derecho público”, *Spain Arbitration Review*, nº 16, 2013, p. 57 y ss.

¹³² J.E. Soriano García, *El Poder, la Administración y los Jueces*, Iustel, Madrid, 2012, p. 94.

arbitraje y no a la jurisdicción contenciosa administrativa, la opción resuelta de los inversores es esta última. Un sistema no es justo si cuando se resuelve una controversia el resultado se ha demorado tanto en el tiempo hasta el punto de que pueda resultar *casi* indiferente para el vencedor. Y quizás, como indica la doctrina citada en los grandes temas que afecten política o económicamente a la Administración, resultará difícil que el Juez se aparte de las políticas gubernamentales (extendiendo esta idea, a las Administraciones autonómicas y, ocasionalmente, a las locales).

Existen varios indicadores que representan la situación patológica actual, entre los que destacan: El volumen de casos ingresados en los juzgados y tribunales de la JCA fue de 195.908 asuntos en 2017. Esta cifra representa un descenso del 0,1% respecto a 2016 y continúa así la tendencia decreciente de la litigiosidad en esta jurisdicción: en el año 2017 se ingresaron un 32% menos de casos que en 2009, máximo histórico de la serie^{133 134}.

Lo anterior motiva que, en ocasiones, cuando se estudia el arbitraje administrativo, se conceptúe como un mero medio de descongestión de la jurisdicción contencioso-administrativa¹³⁵ y se parta, desde esa premisa, para fundar la posibilidad del despegue del arbitraje administrativo. Sin embargo, esta única justificación no puede valer como motivo principal que impulse el arbitraje en esta rama del Derecho, puesto que convertiría al arbitraje en una herramienta de descarga en lugar de practicarse como un medio de suministro de justicia que resuelve controversias con las mismas garantías que la jurisdicción ordinaria. Y el arbitraje es sólo el vehículo, la importancia radica en que la resolución de fondo sea acertada y que el procedimiento goce de las mismas garantías que la Constitución avala y los arbitrados merecen.

No es pues la tardanza en resolver, un motivo único para apostar por fórmulas ingeniosas que recuperen el arbitraje sobre las Administraciones. Sin desdeñar no obstante que el principio de eficacia (siempre dentro de la legalidad y nunca como alternativa a la misma) es con toda evidencia, un principio constitucional (art. 103.1º CE), que coadyuva notablemente a reforzar los fundamentos del arbitraje en Derecho público también, dada la ineficiencia de la jurisdicción contencioso-administrativa *inter alia* por las inejecuciones de Sentencias que la han colocado en un colapso criticado por cualquier observador neutral. La inclusión amplia del arbitraje dentro del Derecho público, en su doble vertiente referida— Estado como parte y Estado como árbitro — debe partir desde el legislador (en sentido amplio, incluyendo pues los Tratados

¹³³ Informe sobre la Justicia Administrativa 2018 Tributos, Contratos Públicos, Responsabilidad Patrimonial, Derechos Fundamentales, Personal de la Administración, Protección de Datos y Transparencia, *Centro Investigación sobre la Justicia Administrativa*, 2018, S. Díez Sastre (D).

¹³⁴ G. Fernández Farreres, “Sobre la eficiencia de la jurisdicción contencioso-administrativa y el nuevo recurso de casación “para la formación de la jurisprudencia”, *Revista española de Derecho administrativo*, nº 174, 2015, pp. 93–132. Sobre el “*Stare decisis et non quieta movere*”, G. S. Tawil “La Suprema Corte de los Estados Unidos y su competencia en grado de apelación”, *Revista La Ley*, Buenos Aires, 1989–C–1208; R. Fallon Jr, J Manning, D Meltzer, D Shapiro *The Federal Courts and The Federal System* (University Casebook Series) 7th Edition New York 2014, *in genere* donde se encuentra una explicación global de todo el sistema procesal y la importancia de la elección del caso, evitando la falacia del *cherry picking*, riesgo mayor de toda selección al gusto del seleccionador.

¹³⁵ M. García Pérez, *Arbitraje y Derecho administrativo*, Cizur Menor, Thomson–Reuters Civitas, 2010, p. 40.

Internacionales) y teniendo en cuenta a los administrados, quienes pueden resultar favorecidos con resoluciones ágiles. Pero siempre que las decisiones adoptadas por la Administración sean justas y el arbitraje nazca tras una decisión meditada por el legislador. Sería una completa torpeza la adopción del arbitraje exclusivamente por su celeridad, pasiva y activa, en detrimento del sosiego de laudos reflexivos, puesto que aquello podría suponer una verdadera obstrucción a la tutela judicial efectiva, que es precisamente el Derecho fundamental que se quiere ver privilegiado con la admisión del arbitraje en el sector público. Pero sin dudar un momento, esa celeridad siempre acompaña a toda reflexión que se haga para descongestionar la justicia administrativa, una de las razones para apostar por el arbitraje¹³⁶.

El arbitraje es una fórmula heterocompositiva de arreglo de controversias al que las partes acuden libremente para resolver sus diferencias. Como indica Fernández Rozas:

“El arbitraje es un procedimiento de arreglo de controversias cuya esencia deriva directamente de reconocimiento del Estado y que discurre en el marco de los derechos renunciables... el árbitro está limitado por la voluntad de las partes a un determinado asunto, por la ley a un determinado tipo de controversias, no dispone de poder de ejecución y su función es, esencialmente, discontinua en el tiempo”.

Es entre partes, desde luego, si bien de diferentes formas, pueden aparecer terceros, incluso planteándose ya la financiación de los gastos de una de las partes por parte de un financiador que habitualmente es un fondo de inversión¹³⁷.

Quisiéramos añadir que el dato de la discontinuidad, como otros importantes aspectos del arbitraje, está en continua evolución, existiendo propuestas de disponer de Cortes de Arbitraje permanentes, con insaculación de los árbitros naturalmente, pero que constituyan una referencia estable; el ejemplo puede encontrarse en la propuesta del Acuerdo entre la Unión Europea y Singapur, que luego examinamos. No se trata del habitual arbitraje institucional, sino de dar un paso más, de forma que todas las disputas puedan en un determinado ámbito localizarse de manera habitual en el arbitraje, pero ejercido de una determinada forma más reconocible (*permanent two-tier tribunal to hear investor-state disputes*)¹³⁸.

¹³⁶ No obstante, la doctrina cita supuestos en los que el arbitraje no resulta más rápido que el juicio correspondiente. *Vid.* M. Lalaguna y Z. Sanz. CMS Albiñana & Suárez de Lezo, “Arbitraje y desahucio: una pareja generalmente más lenta e ineficaz que la de la Jurisdicción y el desahucio”, *Lexology*. 12 de julio de 2018.

¹³⁷ J.C. Fernández Rozas. “Veinticinco años de arbitraje en España”, *Libro conmemorativo de la Corte civil y mercantil, Madrid*, 2015. pp. 63 ss., quien añade *ibidem* lapidariamente: “El acuerdo de arbitraje es exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria recoge, en términos generales, el principio *ubi partes sunt concordēs nihil abjudicem* (donde las partes están de acuerdo, no hay necesidad de juez). Este es el sentir de la STS 1ª 22 junio 2009”.

¹³⁸ Y así sucesivamente, existen continuas novedades y aportaciones sobre la permanente evolución del arbitraje, siendo ejemplos de ellos la novedosa Corte de Arbitraje sobre Arte, en Holanda, donde por ejemplo no se permite la insaculación de peritos, sino que son designados directamente por la Corte, quien tampoco permite que exista libertad de propuesta de árbitros, a la que también luego hacemos alguna referencia. O los problemas instaurados por la financiación por terceros del arbitraje (Boston College Law School Digital Commons @ Boston College Law School. Boston College Law School Faculty Papers. 4–23–2018 *The Case Against Third-Party Funding in ISDS: Executive Summary* Frank

B) Limitaciones

Es la autonomía de la voluntad de las partes la única fuente del arbitraje (cuando son dos personas las que así lo acuerdan, no cuando es el Estado o las

J. Garcia. Boston College Law School, garciafr@bc.edu Hyun Ju Cho Boston College Law School, hyun.cho.4@bc.edu Tara Santosuosso Boston College Law School, tara.santosuosso@bc.edu Randall Scarlett Boston College Law School, randall.scarlett@bc.edu Rachel Denae Thrasher. *Global Development Policy Center, Boston University Pardee School of Global Studies*, racheldenae@gmail.com) en una posición solamente crítica con el tema de la financiación externa. Sobre este mismo tema, en una posición menos simple y más compleja, viendo pros y contras, vid ICCA–Queen Mary Task Force on Third–Party Funding In International Arbitration 1 de septiembre 2017, coordinados por Stavros Brekoulakis William W. (Rusty) Park Catherine A. Rogers así como la nota *Arbitration, Investment Arbitration, ISDS, Third party funding Access to Justice: Rebalancing the Third–Party Funding Equilibrium in Investment Treaty Arbitration* Ylli Dautaj (Institute of Law, Nirma University) and Bruno Gustafsson (Roschier, Attorneys Ltd.)/November 18, 2017. Son tantos otros asuntos que continuamente se ponen de frente a esta antigua institución, que tiene la virtud de renovarse continuamente que realmente puede afirmarse que como en la obra de Pirandello, *Sei personaggi in cerca d'autore* que absurdamente continúa y continuará el esfuerzo por aprehender algo que continuamente se escapa en sus múltiples variedades y formas de la idea preconcebida que tenemos sobre la institución.

Un resumen de las exigencias al financiador, tercero que simplemente actúa en una cuota y está a resultados, se encuentra en la decisión de Quebec, Canada, en el asunto *In Re 9354–9186 (formerly Bluberi Gaming Technologies Inc) and 9354–9178 (formerly Bluberi Group Inc)*, the Quebec Superior Court. Indica, que, precedentes del *common law*, aunque se aplique en un sistema de *civil law* como es la Provincia de Quebec, cuyo derecho se inspira directamente en el francés, pero que, quizás contaminado ya, acepta esta financiación mediante cuota litis, los principios fundamentales de actuación de terceros financiadores, serían: *The court consolidated the existing case law by building upon various judgments from common law jurisdictions. Citing the Ontario and New Brunswick judgments Bayens v Kinross Gold Corporation(2018 QCCS 1040, March 16 2018 and Hayes v the City of Saint John, 2013 ONSC 4974.the court confirmed that funding agreements “should be approved, subject to [certain] principles”, including as follows:*

- *The third–party funding agreement must be necessary to provide a plaintiff access to justice.*
- *The plaintiff’s right to instruct and control the litigation should not be diminished by the third–party funding agreement.*
- *The third–party funding agreement must not compromise or impair the lawyer and client relationship or the lawyer’s duties of loyalty and confidentiality.*
- *The compensation of the third–party funder must be fair and reasonable.*
- *The third–party funder must undertake to keep confidential any confidential or privileged information*

Vid. H. A Meighen y C. Birks. *Borden Ladner Gervais LLP* NL. 28 de junio de 2018.

En Suiza, se admite la financiación por terceros desde la Sentencia Federal Tribunal in its landmark decision DFT 131 I 223, dated 10 December 2004. Pero continúa abierto el debate sobre la imparcialidad de un árbitro que haya actuado previamente en procedimientos, como consultor o árbitro, en los que el mismo financiador haya sostenido la acción. *Vid. Implications of Third–Party Funding on the integrity of arbitral proceedings – Is there need for action in Switzerland?* CMS von Erlach Poncet AG. Switzerland May 22 2018, Por su parte en Hong – Kong, /Hong Kong, the Arbitration and Mediation Legislation (Third Party Funding) (Amendment) Ordinance (“the new law”) enacted on 23 June 2017), sigue el modelo del Reino Unido –High Court decision in the U.K. (Essar Oilfields Services Ltd v Norscot Rig Management PVT Ltd [2016] EWHC 2361)– (y admite en principio cobrar hasta un 35% o tres veces el monto de la inversión, quedándose con la cantidad que sea superior entre ambas. (Ian Cocking, Gilbert Kwok and Dennis Wong. Clyde & Co LLP NL 1 de noviembre de 2017).

Administraciones Públicas las que se someten a arbitraje). Y dado que es esa libertad la que fundamenta la existencia del arbitraje, los árbitros no pueden resolver aquello que no haya sido puesto a su arbitrio. Es decir, no pueden arbitrar sobre cuestiones no sometidas a su decisión y, en caso de hacerlo, podrá decretarse la nulidad del laudo. Es precisamente esa heterocomposición, el que las partes decidan que su conflicto sea resuelto por un tercero, la nota distintiva del arbitraje respecto a fórmulas autocompositivas como la mediación o la transacción y ajena también al fenómeno administrativo de la autotutela.

Naturalmente, en lo que hace al Estado y en general a las Administraciones Públicas, la cuestión esencial se centra en determinar cuál es el ámbito de juego entre legalidad y autonomía de la voluntad, tema que como resolvemos después y adelantamos en esencia ya, se centra en el ámbito discrecional que tiene tanto el Estado como la propia Administración, partiendo siempre de que los actos administrativos son, como recuerda García de Enterría, actos de voluntad, juicio, deseo y conocimiento¹³⁹. Y entre los actos de voluntad, dentro del espacio legal que permite la discrecionalidad, está claramente tanto la suscripción de Tratados en el contexto internacional, como la aceptación del arbitraje, mediante un acto administrativo interno, cuando permitido por las Leyes. Naturalmente, en el ejercicio correspondiente del arbitraje, el acto que realiza es un acto de juicio.

El propio Estado, como sujeto de Derecho internacional público, puede quedar desde luego sometido a arbitraje, y hacerlo en las condiciones más comunes a todo arbitraje, como lo demuestra, *v.gr.*, los Laudos dictados en el seno del CIADI —especialmente los Laudos parciales relativos a la jurisdicción del CIADI para enjuiciar la labor del Estado—. Y aquí existe una doctrina, importante, sobre asuntos de primera importancia para el propio Derecho administrativo, según hemos recordado, tales como, la responsabilidad extracontractual del Estado, el principio de confianza legítima, idea de la expropiación, cláusulas de estabilización, y así sucesivamente. Y, sin embargo, encerrado en los propios límites que supone el Derecho nacional, muy en línea con el viejo apotegma del Código civil (art. 8.1º. Las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que se hallen en territorio español), el Derecho administrativo ha optado esencialmente por tener una visión interna, prácticamente de forma exclusiva. Es más, temas que están resueltos hace ya tiempo en Derecho internacional público, como la repercusión de una Ley (ley en sentido propio, ley formal) desde la perspectiva privada, y la posibilidad de reclamar por daños y perjuicios por las consecuencias que puede provocar en una inversión protegida por

¹³⁹ E. García de Enterría basándose en la doctrina italiana. Puede comprobarse fácilmente en las distintas ediciones de su conocido “Curso de Derecho administrativo”, *Curso de Derecho administrativo*, vol. I, Madrid, 1991, p. 530) sobre la base de G. Zanobini, *L’esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, “Primo Trattato completo di Diritto Amministrativo Italiano”, vol. II, Parte III, Milán, Giuffrè, 1920, ed. del 1935, pp. 235 y ss, luego en “L’esercizio privato delle pubbliche funzioni e l’organizzazione degli enti pubblici”, *Scritti vari di diritto pubblico*, Milán, Giuffrè, 1955, pp. 96 ss). Sobre el fundamento del arbitraje de inversiones nos hemos pronunciado en el comentario a la STC 1/2018. Es claro que esa autonomía de la voluntad y en definitiva la dignidad de la persona, fundamenta perfectamente el arbitraje comercial, pero en el de inversiones, siendo el Estado el sujeto a arbitraje, realmente habrá que seguir atendiendo a la naturaleza de “equivalente jurisdiccional” como elemento fundador del mismo.

un Tratado, resulta que en el ámbito interno se discute fuertemente e incluso provoca repudio por parte de lo más granado de la doctrina española¹⁴⁰. Lo que es, en cambio, aceptado y asumido por los internacionalistas y que obliga a matizar el tradicional concepto de soberanía e inmunidad tal como se viene observando desde un punto de vista exclusivamente interno.

En el ámbito público, existe un arbitraje distinto del típicamente privado. En ocasiones su naturaleza será idéntica a la del arbitraje en sentido estricto; pero en otras puede resultar más difícil catalogarlo como arbitraje debido a que sea una disposición legal la que obliga a acudir al arbitraje en lugar del cauce natural del recurso de alzada y reposición, si bien será una decisión recurrible tanto por la forma como por el fondo, lo que desnaturaliza ese arbitraje. Así pues, tendremos que examinar los supuestos en que es la Administración la que, adoptando la fórmula de *Pretor Peregrino* es llamada a componer los intereses de sujetos privados, esto es, que exista la llamada a la Administración para que aplique la legislación arbitral a una controversia entre particulares.

Son dos pues, como indicábamos, las caras de la moneda que tenemos que examinar en cuanto a las relaciones entre Arbitraje y Estado. Dedicaremos la debida atención a cada una. Todo ello partiendo de que el arbitraje se ha constituido en la comunidad de juristas en una piedra de toque que divide a la doctrina. Suele ser una opción, por así decir, binaria, esto es, o a favor o en contra, sin muchos matices, sea en derecho constitucional, procesal (aunque ya superado, igual que en el civil) y desde luego administrativo. Quizás algo menos en derecho internacional dada la amplitud de miras con la que los internacionalistas examinan en permanente comparatismo las instituciones y su implantación y arraigo en diferentes ordenamientos. Pero como bien expresaba el profesor Jaime Guasp Delgado:

“... colocado frente al arbitraje, no existe ningún grupo de juristas que no reaccionase vivamente, en favor o en contra, y acaso sea la mejor manera de diagnosticar la concepción del Derecho que cada uno tiene, la de preguntarle, en sustancia, qué opina del arbitraje, ya que según se manifieste

¹⁴⁰ E. García de Enterría Martínez-Carande, “Sobre la responsabilidad patrimonial del Estado como autor de una Ley declarada inconstitucional”, *Anales de la Real Academia de jurisprudencia y legislación*, n.º 36, 2006, pp. 221–280, así como su trabajo, “La inexistencia de jurisdicción en los Tribunales contencioso-administrativos para decidir acciones de condena contra el legislador”, *Derecho privado y Constitución*, n.º 17, 2003 (Ejemplar dedicado como número monográfico sobre Fuentes del Derecho en Homenaje al profesor Javier Salas Hernández), pp. 269–290. *Vid.* en sentido contrario, C. Alonso García, *La responsabilidad patrimonial del Estado Legislador*, Madrid, Marcial Pons, 1999. M.A Ahumada Ruiz, “Responsabilidad patrimonial del Estado por las leyes inconstitucionales (o el derecho a no ser perjudicado por una ley inconstitucional)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, N.º 62, mayo–agosto 2001. M.C. Alonso García, “La responsabilidad patrimonial del Estado legislador”, en *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2009. M.C. Alonso García, “La necesaria reformulación de la teoría de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 2010, n.º 12. R. Galán Vioque *La responsabilidad del Estado Legislador*. Editorial Cedecs. Barcelona 2001. C. Checa González, “La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública con fundamento en la declaración de inconstitucionalidad de una ley”, *Ius et Praxis*, vol. 10, n.º 1, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Talca–Chile, 2004.

en pro o en contra, habremos descubierto sus últimos pensamientos, metafísicos más que dogmáticos, sobre lo que el Derecho verdaderamente debía ser”¹⁴¹.

Y recordemos que el profesor Guasp es el autor prácticamente en solitario de la Ley de 1953, teóricamente una ley perfecta en el plano dogmático, que pronto acusó, como es conocido, críticas adversas precisamente por su dogmatismo ideal, alejado de las cuestiones cercanas a una justicia material, además de disponer de un complicado sistema de recursos que se calificó de “desgraciado”. Si bien esas reticencias parecen ahora predicarse solo en el ámbito constitucional y administrativo.

3. *Justificación de un análisis histórico*

A) Utilidad en indagar en los orígenes

Naturalmente, en este epígrafe, tendremos que ser descriptivos, ya que no se trata de realizar por nuestra parte una aportación originaria, sino de recordar los fundamentos que dieron lugar a lo que hoy conocemos como arbitraje administrativo.

Permítasenos aquí la excusa nominalista, ya que bien sabemos que no es posible hablar de Derecho administrativo hasta la Revolución Francesa¹⁴². Y compararemos luego esta evolución propia de este tipo arbitral con la evolución generalmente referida al arbitraje como institución civil – procesal, ya que a lo largo de la evolución han existido dudas inevitables entre la concepción contractualista de origen militarmente civil, y la puramente procesal basada en la equivalencia jurisdiccional que supone el arbitraje. Y todo ello con un importante cúmulo de posiciones sincretistas, eclécticas, mixtas, en fin, de todo tipo de variaciones y combinaciones sobre esta clásica figura.

De la historia se puede aprender, al igual que de la jurisprudencia constitucional. Sabemos bien que está desacreditada la simple enumeración de remotos antecedentes como criterio de autoridad para justificar las propias posiciones. Por nuestra parte nos limitaremos a referirnos a quienes, sí tienen esa *auctoritas*, con la única finalidad de mostrar la complejidad que existe tras la pretendida unificación de la doctrina en torno al vocablo “árbitro” o a la palabra “arbitraje”. Y comprobaremos que no ha sido inútil tal referencia, por cuanto nos ayudará a examinar esa complejidad de pretender una cobertura homogénea a realidades muy distintas, unidas solamente por el espíritu de independencia, experiencia y celeridad que caracteriza en todos los casos, la utilización del término arbitraje.

¹⁴¹ J. Guasp Delgado, *El Arbitraje en el Derecho Español. Su nueva regulación conforme a la Ley 22 de diciembre de 1953*, Barcelona 1956.

¹⁴² E. García de Enterría Martínez-Carande, *Revolución francesa y Administración contemporánea*. Editorial Taurus, Madrid 1981; *La lengua de los derechos: la formación del Derecho público europeo tras la Revolución Francesa (Texto del discurso de ingreso en la Real Academia Española, 24 de octubre, 1994)*, Madrid, Editorial Alianza Editorial, 1994.

Seguiremos –aquí el vocablo ha de tomarse *ad pedem litterae*– al romanista que en España con mayor intensidad se ha dedicado al arbitraje: el académico y catedrático de Derecho Romano, Antonio Fernández de Buján y Fernández, siguiendo su obra tanto en el orden helénico como en Roma.

La añeja idea de que “un arbitraje vale lo que vale el árbitro”. Y que éste ha de reunir siempre las cualidades de idoneidad, imparcialidad e integridad, aparecen ya en el estudio tradicional del mito del “Juicio de París”.¹⁴³

Recordémoslo con la brevedad que requiere el caso. En la boda del rey Peleo con la ninfa Tetis, al banquete del Olimpo se invitan a todos los dioses, a excepción de Eris, la diosa de la discordia y el conflicto. Despechada por el desprecio, estampó una manzana de oro sobre la mesa de invitados, como regalo a la más bella de las diosas, que estando todas presentes, se arrojaron para recogerla Hera, Atenea y Afrodita, y negándose Zeus a enemistarse con ellas, mandó a Hermes, mensajero de los dioses, para que abandonara el monte Olimpo, se dirigiera a otro foro, el monte Ida y acudiera a un tercero, el humano Paris, Príncipe de Troya, lejano en todo a la familia del padre de los dioses, para resolver el conflicto *ad hoc*. Y lo hizo, pero con corrupción, ya que designó a Afrodita a cambio de la entrega de Helena, la más bella mujer, esposa del cruel Menelao, lo que desembocó en la guerra de Troya, en que los aqueos, como narra La Ilíada, atacaron a los troyanos por la humillación sufrida por ese arbitraje. La lección se impone por sí sola. Y continúa.

Para alcanzar tales hitos hay que examinar con carácter inicial donde arranca el arbitraje administrativo. Suele indicarse que los orígenes del denominado arbitraje administrativo¹⁴⁴, con inclusión de lo que hoy denominaríamos “Arbitraje del

¹⁴³A. Sánchez de la Torre, “El origen del arbitraje, una hipótesis”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 1987–1988, pp. 353–370 quien apunta la idea de que la palabra inicialmente fuera equivalente a señorío o poder de un tercero, siendo de origen indoeuropeo. Fernández de Buján lo sitúa en la lengua fenicia.

¹⁴⁴M. Rostovtzeff, *Historia Social y Económica del Imperio Romano*, vols. I y II. Traducción L. López Ballesteros, Editorial Espasa Calpe, colección Austral.1998., donde se demuestra la enormidad de las reglas e instituciones en el ámbito del Imperio, y su organización, regida por voluntades políticas, pero también expresadas en normas. Igualmente, desde la monumental obra del único jurista galardonado con el Premio Nobel T. Mommsen, *Historia de Roma. IV Volúmenes*. Turner, RBA, 2005, hasta las concisas obras de W. Kunkel, traducción de J. Miquel, *Historia del Derecho Romano*. Editorial Ariel 1972, Madrid, 248 pp.; G. Bravo, *Historia de la Roma Antigua*. Alianza Editorial 1998, Madrid, 230 pp.; L. Homo, traducción de J. Farrán y Mayoral. “*Nueva Historia de Roma*”. Iberia. Barcelona. 467 p.inas. En todas ellas, por citar apenas el bucle de un extenso ramo, se muestra claramente la vocación por la organización del Derecho romano, pese a no disponer de Derecho administrativo. Administración sin garantías y sin Derecho público como lo conocemos, pero organización suficiente para indicar solventemente la necesidad de resolver los conflictos que en ella surgen. En general, la inmensa literatura sobre la organización en Roma en sus diferentes períodos, Monarquía, República e Imperio, aunque no ha sido suficiente para que el, llamémosle así, Derecho público Romano se equipare a su impresionante Derecho privado, da idea de que han de existir elementos fundamentales que sostuvieran ese inmenso cuerpo administrativo. Y si los distintos conceptos o ideas de lo que era Ley, varió en los doce siglos de existencia (en Occidente, en Oriente llega nada menos que hasta la caída de Constantinopla en 1453 en manos de los turcos del Imperio Otomano) en todas las diferentes etapas, existían significativos modelos de cargos públicos, constituyendo un panorama en que era evidente la necesidad de disponer de reglas aplicables a lo que, un tanto forzosamente, hoy denominaríamos Estado. El Arbitraje, o una fórmula parecida, se situará en este contexto, lo que hace revestir de interés su

Estado”, se remontan al Derecho heleno y romano, donde ya existían figuras no tan distantes de las que ahora tratamos¹⁴⁵. Existen buenos ejemplos a partir del siglo XIII inspirados en este tipo de proceso en el *Corpus Iuris Civilis*, en los reinos de la Corona de Aragón y también en los de Castilla y León, donde, incluso, el arbitraje se incluyó en cuerpos legales de aplicación local a lo largo del siglo XIII bajo la nomenclatura de la “alcaldía de avenencia”¹⁴⁶.

Naturalmente, expresándolo *servata distantia* ya que no cabe realizar presentismo alguno que transfigure la realidad global del siglo XXI para encajarla en los moldes de hace más de dos milenios.

La mirada sobre los primitivos orígenes tiene así el valor e importancia que cobran siempre los rasgos comunes de solución de problemas jurídicos; al final se trata de problemas y cuestiones que en grandes trazos son casi eternos, manejan siempre factores humanos y soluciones en las que el Derecho apela a las formas de solución de conflictos entre sujetos en pugna, lo que parece que ha respondido en el pasado, también desde luego en el presente y en lo que parece en el futuro, a cómo decidir y solventar tales dificultades y controversias de la forma más inteligente: sencilla, expedita y solvente.

explicación, aunque sea de la mano ya conocida de los romanistas. En definitiva, hacemos aquí un trabajo de recopilación meramente introductorio, por razones de contextualizar la institución arbitral en el ámbito público, sin otras pretensiones más que las meramente descriptivas.

¹⁴⁵ A. Fernández de Buján, “Bases romanísticas del arbitraje actual. Análisis de las concordancias entre el derecho justinianeo y la legislación vigente en materia de arbitraje. *Revista General de Derecho Romano*, n.º. 27, 2016. “El arbitraje en Atenas”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º. 46, 2014, pp. 36 ss. Ampliamente el autor desarrolla estas ideas en su discurso leído el 20 de enero de 2014, en el acto de recepción como Académico de Número en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, siendo la contestación de L. Díez-Picazo y Ponce de León, Presidente de la Academia. En cuanto a la distinción entre *Arbiter ex compromisso receptum arbitrii* y *arbiter iudex*, vid (sobre la base de Cicerón) el trabajo del profesor Federico de Castro y Bravo *Arbiter Iudex ex Iudicium Privatum*, en “El Arbitraje y la Nueva Ley Mercatoria”, *Anuario de Derecho Civil*, 1979. Fascículo IV. pp. 619 ss. Recuerda el profesor F. De Castro que los particulares no podían otorgar potestades judiciales a un tercero, por lo que ingeniosamente, en el *cum promisso facto* se estipulaba una pena para el incumplidor del laudo, exigible en vía civil; con ello se distinguía de un simple consejo o de un mero dictamen o de una opinión autorizada. El autor, recuerda que los árbitros (conocidos con figuras de distinta nomenclatura), decidían sobre cuestiones ya surgidas. Así lo establece también la Partida III, Título III de Alfonso X, (“hay aún otros que son llamados en latín árbitros, que muestran tanto como juzgadores de albedrío, que son escogidos para librar algún pleito señalado con otorgamiento de ambas partes.”) por lo que la cláusula compromisoria tuvo dificultades notables para abrirse camino (también en Francia, *op. cit.*, pp. 646 ss). Vid. V. Royo Pérez *El arbitraje en la documentación medieval valenciana. La caracterización de la institución arbitral en la práctica documental de las comarcas de Els Ports y El Maestrat entre 1232 y 1412*. El autor muestra como la autoridad gubernativa (oficiales reales y señoriales), también, intervenía a veces abruptamente durante el procedimiento arbitral: “En 1403, es necesario introducir una nueva ley en los Fueros que prohíbe expresamente la intromisión de las autoridades públicas –en especial, del gobernador general del reino, la máxima instancia judicial por detrás del rey en todo el territorio– en el proceso arbitral sin el consentimiento de las partes”.

¹⁴⁶ A. Merchán, “La alcaldía de avenencia como forma de justicia municipal en el Derecho de León y Castilla”, en *La ciudad hispánica durante los siglos XIII al XVI*, Madrid, 1985, vol. I, pp. 65–91.

B) El arbitraje en el Derecho romano

Frente a la tradición y expansión del arbitraje de inversiones y del arbitraje comercial, el llamado arbitraje administrativo –figura que engloba diferentes manifestaciones– carece de la atención y del examen de la doctrina, al menos si lo comparamos con las demás instituciones arbitrales como las mencionadas.

Y, no obstante, el arbitraje administrativo goza de una luenga historia, según acredita el estudio del Catedrático de Derecho Romano, Antonio Fernández de Buján, en su Discurso de recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación¹⁴⁷.

Siguiendo a este autor, el arbitraje actual procede del que –en evolución y con clasificaciones diferentes– tuvo lugar a lo largo de los siglos en el Derecho romano, nativo, a su vez, del arbitraje en el Derecho de Grecia, proviniendo en el derecho Heleno, caracterizadamente, por resolver un conflicto de la manera más útil y civilizada posible, obligando a comparar la figura del Árbitro con la del Juez¹⁴⁸. No en vano, suele

¹⁴⁷ A. Fernández de Buján, *La Deuda Histórica del Arbitraje Moderno*, Citamos por la edición no venal que obsequia directamente la Real Academia con ocasión de la asistencia al acto.

¹⁴⁸ En la contestación al citado discurso por el Presidente de la Real Academia, profesor Luis Díez –Picazo y Ponce de León, cuestiona que el conflicto de intereses sea equivalente a Litis y que el negocio jurídico – frente a Carnelutti– no entraña siempre el arreglo de un conflicto de intereses (con lo cual, siempre sería previo el conflicto al negocio jurídico que lo resuelve) y que precisamente el entronque del conflicto de intereses con el Derecho Civil hay que buscarlo en las Instituciones previstas con la finalidad de resolver tales conflictos, caracterizadamente la transacción y el compromiso (artículos originales del Código Civil, 1809 –vigente– y 1820, derogado) que son contratos que tienen como objeto resueltamente dirimir una controversia. Y hay conflicto de intereses cuando sobre un objeto idéntico, varias personas ocupan posiciones incompatibles que por ende colisionan entre sí yendo más lejos que la mera discrepancia. Y cuando el ordenamiento adopta una posición de protección o tutela sobre determinados intereses frente a otros, y no quedándose en la posición meramente neutral de mantener las reglas del juego sino nivelando el campo de juego mediante un reequilibrio de posiciones, aparece que un interés está “jurídicamente protegido”, dando lugar a la litis cuando el conflicto se actualiza. Y en algunos textos del Digesto justiniano, el arbitraje aparece precisamente para terminar los litigios que aparezcan entre las partes. Pero a juicio del autor, sigue planteándose, al menos en el Derecho Romano, si las formas y modalidades del arbitrio de un tercero son fórmulas encajables en la institución del arbitraje, resolviendo la cuestión, al menos en el moderno Derecho, indicando que le parece que son figuras distinguibles.

Por ello, tras examinar las diferentes figuras que el profesor Fernández de Buján examina – como vamos a ver en el cuerpo del trabajo – acaba concluyendo que “...todo ello, sin necesidad de entrar ahora en la materia, es prueba cuando menos indiciaria de que en los rastros históricos del arbitraje no se encuentran algunas relevantes figuras propias del arbitraje actual”, sellando su *Laudatio*, no obstante, con el reconocimiento de la excelencia del trabajo glosado e invitando al debate del que siempre sale la luz...

Como buen civilista, el profesor Díez–Picazo centra ahí su intervención, en el sistema de Derecho Civil, pero sin embargo no menciona – y así queda abierto– el importante tema que el recipiendario aborda, del arbitraje administrativo. Lo cual, confirma, que el dominio, casi monopolio, un verdadero *conclusus hortus domini*, que de esta figura se ha realizado por los privatistas, la ha dejado huérfana de examen, tanto por el Derecho administrativo como por los iuspublicistas en general, tanto en el ámbito doméstico como –algo menos– en el Derecho internacional. De ahí, el valor de la aportación histórica que hace el citado romanista, a quien seguiremos inicialmente en su exposición.

citarse al propio Aristóteles, cuando indicaba: “*El Arbitrador atiende a lo razonable. Y el Juez a la Ley. Y fue precisamente por eso por lo que se llegó al hallazgo del Arbitrador, para que predomine lo razonable*”¹⁴⁹ en lo que parecía acercarse al arbitraje de equidad.

A juicio del profesor Fernández de Buján, el arbitraje administrativo es una especie más, dentro de una amplia evolución multisecular, de diferentes tipos de arbitraje, que aquí y ahora solo podemos mencionar¹⁵⁰. Habría comenzado la institución en general con la cualidad pacificadora del arbitraje en el ámbito del Latium. Conforme al testimonio de Dionisio de Halicarnaso la federación latina mediante el *Foedus Cassianum* utilizó para la resolución de disputas la figura del *arbiter*, mediante la que se superó la autodefensa. Ligado pues a lo que hoy denominaríamos relaciones internacionales, siendo en las XII tablas, en la fórmula de la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* el origen más definido del pacto de compromiso que “tempo andante” arribaría en el siglo II a.C, al procedimiento del Pretor que permitiría el arbitraje basado en el *Ius Gentium* solucionando así conflictos con extranjeros.

Ya se pondría de manifiesto su celeridad, economía, sencillez y especialización frente al proceso, aún a costa de cierta pérdida de seguridad jurídica. Y será Paulo quien lo concrete (Capítulo I, Título VIII, Libro 4) *Compromissum ad similitudinem iudiciorum redigitur et ad finiendas lites pertinet*, referido al arbitraje compromisorio, distinto como *Arbitrium merum*, del *Arbitrium Boni Viri* (dictámenes sobre un aspecto específico con soluciones prácticas y de equidad, también exigible salvo que se oponga la *exceptio doli* por manifiesto dolo malo o mala fe del *arbiter*); y luego, toda la amplia gama de Arbitrajes de Derecho público, entre los cuales aparece el propiamente Administrativo, el cual, según *communis opinio* entre los romanistas, reconoce en el Arbitraje Comercial su antecedente y referencia¹⁵¹.

Ahora bien, ya desde el comienzo, hay que indicar que bajo la rúbrica de “arbitraje administrativo” se han venido englobando figuras e incluso concepciones diferentes. Así, ante una primera calificación de “Administrativo” del sometimiento o *compromissum* de una controversia cuando el *receptum* o aceptación del arbitraje lo impetran organizaciones públicas incluso ante personas físicas o jurídicas privadas, se alza otra opinión que viene a calificar de público o privado el arbitraje atendiendo a una muy diferente aproximación al tema, ya que bastaría que el Árbitro tuviera carácter de Autoridad Pública para colorear con tinte público al instituto arbitral¹⁵².

¹⁴⁹ Aristóteles, *Retórica*, Ed. Alianza Editorial, Madrid, 2005. pp. 127 ss.

¹⁵⁰ Partiendo de que como fórmula extrajurisdiccional de resolución de conflictos, y ligado en gran medida al que hoy denominaríamos comercio internacional, la institución arbitral conoce una profusa difusión en el mundo Antiguo. Y tanto es así, que en los orígenes de la propia Roma (Siglo VIII a. C) el arbitraje aparece con anterioridad inclusive a que la comunidad política primitiva ejerciera la potestad jurisdiccional mediante Jueces, con cita de E. Verdura y Tuells (Discurso de Ingreso en la Real Academia) Weizsäcker, Olivencia y un nutrido número de autores). Parece claro que en sus orígenes al menos, la intervención de un tercero elegido de común acuerdo sí era la fórmula más genuina de arbitraje o de una institución rudimentaria que, andando el tiempo, avanzara hasta la actual institución.

¹⁵¹ A. Fernández de Buján, *op. cit.*, p. 101. Le seguimos en la exposición que realizamos.

¹⁵² *Ibid.*, p. 102, nota 232, con cita de la tesis de Buigues, en “La solución amistosa de los conflictos en derecho romano: el *arbiter ex compromisso*”.

Sin sorpresa alguna, las primeras y antiquísimas manifestaciones de Arbitrajes Públicos, están ligados, precisamente, a lo que hoy denominamos “Derecho Internacional”, ya que la solución de controversias entre ciudades, comunidades, urbes, atestiguadas por numerosas inscripciones, se realiza para evitar el conflicto armado, acudiendo a un tercero, normalmente otra ciudad, para conseguir la resolver el problema.

Era un instrumento utilizado para garantizar paz y alianzas, en las que se prevé acudir a este tipo de técnicas en los diferentes tratados entre ciudades, para solventar las diferencias entre urbes y territorios separados.

Sicilia, romana pero muy helenizada, aporta la tradición griega de arbitraje público también, siendo relevante que son más los usos y práctica política, que la tradicional *bona fides et aequitas* típicamente privadas, las que determinan las soluciones que se alcanzan, matizando así el origen común a ambos tipos de arbitraje¹⁵³. Si bien hay que apresurarse a indicar que cuando el ámbito del conflicto a resolver pasa a ser doméstico, esto es ya el típicamente administrativo, la solución endógena, dentro del arquetipo del arbitraje privado, sí recupera las características más típicas del arbitraje privado usual, esto es, una cierta equiparación de la Sentencia arbitral (el término *Laudo* es medieval; aunque lo utilizaremos en adelante) al veredicto judicial, la posibilidad de establecer estipulaciones penales y en definitiva una mayor previsibilidad del resultado (de conformidad con precedentes) y garantías de cumplimiento. Porque en las relaciones internacionales (llamémoslas así, descriptivamente) que se daban en los orígenes, era el simple recurso a la fuerza, la retorsión que suponía la reciprocidad en su caso, y las técnicas disuasorias de las políticas a emplear, las que servían de marco de referencia como garantía del cumplimiento del compromiso adquirido¹⁵⁴.

En Roma, los árbitros, también en Derecho público, en las relaciones entre ciudades, asumieron paulatinamente el papel de *Reciperatores* o recuperadores¹⁵⁵, pero la Reciperatio exigía un procedimiento formalizado, normalmente una *Lex* anterior, más rígida que el flexible mecanismo del *Arbitrium* propio de la era republicana, respondiendo a la expansión romana que al exigir relación con naciones peregrinas o extranjeras, obligaba en múltiples ocasiones a disponer de un instrumento *ad casum*, esto es, para cada caso concreto, de forma que se hacía más rígida la recuperación frente al expolio realizado por una ciudad también concreta, obligándose así a tener un procedimiento de acompañamiento a las relaciones establecidas con esa ciudad.

¹⁵³ W. Kunkel, *Historia del Derecho Romano*, Traducción de J. Miquel, 3ª ed., Barcelona, Ariel, 3ª ed., 1972. pp. 83 ss., quien destaca como en Oriente la cultura e idioma griego había permitido superar desde antiguo el aislamiento y generar un derecho mucho más flexible que el rígido orden pontifical romano, que hubo de ceder ante la presión comercial, crear el *Praetor Peregrinus* para proteger los derechos e intereses de los extranjeros siguiendo el modelo helénico. Así más allá del *Ius Civile*, el *Ius Gentium* nace para el comercio y en su seno germinará de forma bastante espontánea el instituto arbitral. Así se comenzaron a proteger también contratos escritos incluso sin forma rituarial, superando la rigidez de la fórmula verbal propia del derecho romano originario, nada apto para la relación comercial ni la solución de controversias de fuerte intensidad, como suelen ser las propias del arbitraje administrativo. Éste evolucionó, como indicaremos, hacia este tipo de modelo helénico mucho más apto para solventar civilizadamente conflictos y para alinear intereses.

¹⁵⁴ A modo de ejemplo, recuerda el autor los Anales de Tácito, (4. 43), del arbitraje entre Esparta y Mesenia sobre la titularidad de un terreno (año 338., a.C).

¹⁵⁵ W. Kunkel. *Historia del Derecho Romano*, op. cit., pp. 93 ss.

En definitiva, ligada a la expansión militar y comercial romana, se acentúa la necesidad de un arbitraje y de fórmulas asociadas o parecidas al mismo, para mantener cierta seguridad jurídica y evitar el recurso permanente a la fuerza armada en tales relaciones con ciudades y territorios extranjeros, y con base en una tradición helénica, esas fórmulas arbitrales vinculadas al comercio internacional no fueron infrecuentes.

Una especificidad de tales arbitrajes fundados en tratados, lo constituía desde luego, la que Roma bautizó como Liga Latina (siglo VII a.C. – 338 a.C.), esto es, ciudades del Latio, unas treinta aldeas, que alrededor de Roma mantuvieron concordias y discordias con ella hasta su triunfo final que disolvió esa confederación¹⁵⁶. Pero en su larga vida, desde la Monarquía y renovado el pacto durante la República, las relaciones entre ciudades y muy especialmente las que denominaríamos como comerciales, se solucionaban arbitrariamente.

Con tal experiencia, el vasto y complejo mundo de relaciones con todo tipo de ciudades, permitió extender el arbitraje público. Ciudades del ámbito provincial, consideradas como Municipia o ciudades anexionadas, y colonias fundadas por ciudadanos romanos –*coloniae civium romanorum*, en el *ager Romanus*,–¹⁵⁷ las *civitatis optimo iure*; *Civitas sine suffragio*, *foedera aequa e iniqua* – según que las comunidades aliadas, fuera del *ager Romanus*, fueran aliadas entre iguales o desiguales–, *civitates liberae et immunes* y *ciuitates stipendiariae*, y en medida no desdeñable, asimismo los establecimientos debidos a la correspondiente *Lex Provinciae*¹⁵⁸.

En estos supuestos, ya como si fuera una fase intermedia entre el Arbitraje Internacional –permítase esta expresión descriptiva– y el propiamente administrativo, que era endogámico y obligatorio dentro del territorio dominado por Roma y bajo sus leyes, habría que situar este arbitraje basado en el *foedus* con ciertos rasgos ya propiamente administrativos.

A juicio de Fernández de Buján¹⁵⁹, en Roma puede hablarse propiamente de un arbitraje administrativo, que era el que se celebraba para resolver los conflictos entre

¹⁵⁶ G. Bravo, *Historia de la Roma Antigua*, Madrid, 1998. pp., 42 ss.

¹⁵⁷ W. Kunkel, “Historia del Derecho Romano”, *op. cit.*, pp. 44 ss. En general, continúa ofreciendo conocimientos útiles la impresionante *Historia de Roma* de T. Mommsen (edición en cuatro volúmenes) Madrid 2005, traducción de A. García Moreno del original de 1876, obra que le valió el Premio Nobel de Literatura en 1902, siendo el único jurista que, como tal, ha recibido esta alta distinción. Aun cuando no referida específicamente al Derecho, esta obra dibuja bien el cuadro social y económico en que se desenvolvían las Instituciones en Roma.

¹⁵⁸ Pese a lo cual se ha defendido la existencia final de rasgos comunes en todas las ciudades bajo la égida de Roma. *Vid.* M. Rostovtzeff, *Historia social y económica del Imperio Romano*, vol. I. pp. 293 ss, Madrid 1998.

¹⁵⁹ *Op. cit.* pp. 108 ss. Narra el autor, entre otros, el arbitraje del año 221 a. C., en que el procónsul L. Mummius tiene que decidir de nuevo el viejo pleito entre Mesenia y Esparta por segunda vez, y ante la negativa a decidir, Esparta recurre al Senado romano, quien designa a la ciudad de Mileto como árbitro de la controversia, formando un colegio arbitral de 600 jueces designados por sorteo, dictándose veredicto favorable a Mesenia por 584 votos contra 16. También en Cerdeña el *Procurator Augusti*, *Iuventus Rixa* resuelve arbitrariamente la controversia entre los Patulcenses y los Galillenenses. Se hace notar que la autoridad romana decide intervenir ante el razonable temor de que, enquistada la polémica, surja un conflicto político mayor y, al mismo tiempo, se trasladan conceptos propios del derecho romano de la época logrando así que la *fides* y la *bona fides*, la ética, en fin, el aparato romano, sirva al propósito de su extensión cultural en las Provincias y colonias.

ciudades del tipo antes descrito, donde resulta frecuente que sea designada árbitro una ciudad tercera. Son típicos los arbitrajes sobre límites entre ciudades, o sobre la titularidad de terrenos de la demarcación municipal frente a cualquier pretendiente. Asimismo, en las ciudades *stipendarii* y *tributarii*, los problemas financieros y tributarios tuvieron con no rara frecuencia, una solución arbitral, tal como aconteció en Sicilia con la “décima tributaria”, recordando que el veredicto se asemejaba a la resolución del Juez¹⁶⁰. Igualmente sucedió respecto de la desviación de ríos, problemas de acceso, servidumbres, o la desviación de aguas lacustres.

¹⁶⁰ Ruggiero, citado en *Op. Ult. Cit* notas 236 y concordantes (también le seguimos a fin de nota), en su obra “L’arbitrato pubblico in relazione col privato presso i Romani”, *Bulletino dell’ Istituto di Diritto Romano*, V (1893). pp. 52 ss. No es el momento de recordar la evolución –en un viaje histórico de ida y vuelta– de la Magistratura romana y su relación con los Jueces. *Vid. la citada obra de W. Kunkel. Loc. ult. Cit.* En Sicilia, por su herencia griega, como narra Cicerón en su segunda carta a Verres, se respeta la *Lex Hieronica* por el Senado romano, y ahí se encontraba un procedimiento arbitral para dirimir litigios entre ciudades con designación de otra tercera ciudad como árbitro.

En la *Tabula Contrebiense* se recoge una controversia en la Península Ibérica, entre dos comunidades indígenas salvienses y alavonienses, *civitates liberae*, en la zona del Ebro y el Jalón, sobre una canalización hidráulica que al ser una acequia para agua de riego, planteaba un problema de lindes en la conducción del agua en el año 87 a.C. Se encomendó a una tercera ciudad, Contrebia Belaisca, celtibérica, la solución de dos de las cuestiones de la litis con su Senado en pleno en función arbitral (pero estaban presentes solamente seis senadores locales) y una tercera cuestión relativa al importe de la indemnización por los terrenos privados desplazados por la canalización de las aguas a cinco miembros del Senado local. En definitiva, se arbitró sobre el alcance, extensión y límites de los terrenos por los que discurría la corriente; su venta anterior (de los sosinetanos a los salvienses) pese a oposición de los opositores alavonienses –no sabemos si facultades de adquisición preferente a modo de tanteo o retracto, pero algo semejante debería existir–, el amillaramiento mediante mojones e hitos –que se hacían clavando estacas sobre los linderos para fijar sobre el terreno la linde de cada propiedad– y el carácter invasivo o usurpador de la apropiación supuesto que la venta fuera lícita. Y es claro que los cinco miembros del Senado local, actuaban sobre un *agri privati*. Sigue el autor al que continuamos, indicando que la ciudad de Contrebia acepta el encargo al modo del *receptum arbitrii* propio del arbitraje compromisario romano por lo que el *Compromissum arbitrii* por el que se define y soluciona la controversia, están ligados, entre sí.

Tiene interés leer el texto (*op. cit.*, pp. 117 a 119), porque la impresión que se extrae es que las cuestiones formuladas y la expresión cómo se formulan, son realmente modernas, de manera que su lectura parece sacada de un texto de nuestros días.

La solución, *ex Senatu suo dedit*, y expresamente actuando como árbitro *eorum arbitratu*, resultó favorable a los salvienses, quienes a su vez deberían resarcir a los propietarios privados, según la *aestimatio* –estimación o justiprecio si se quiere utilizar expresión moderna– el suelo ya amojonado. El terreno no se considera público de los alavonienses, siendo en parte público y en parte de dueños privados, siempre del pueblo vencedor en esta contienda arbitral por proceder de una compraventa lícita, sancionada luego esta solución por conformidad –*addicere*– del procónsul romano, Cayo Valerio Flaco, Gobernador de la Hispania Citerior (desde Tarragona a Finisterre). Con ello, se aseguraban la misma fuerza y eficacia que tenían las Sentencias pronunciadas arbitralmente cuando estaba en juego un conflicto entre ciudades, donde la fórmula imperativa era un senadoconsulto, que aquí se lograba mediante la adhesión del Gobernador.

Nótese como la actuación del Gobernador, supone algo semejante a la aplicación del principio de plena independencia y equiparación entre las partes, una especie de *Arm’s Length Principle* porque somete a estricto escrutinio la aplicación por el senado de la tercera ciudad de su resolución.

En prácticamente todos los supuestos y casos relatados en la obra sobre arbitraje administrativo, hay un componente de foráneo, de llamada a extraños, lo que colorea con un ambiente de extranjería (internamente en Roma entre sí las ciudades tenían relaciones típicamente exteriores con las demás,

En el arbitraje administrativo en Roma, siempre una de las partes tiene una singular vinculación con la Administración (por usar una expresión moderna y descriptiva).

Ciertamente no se puede hablar propiamente de Derecho administrativo, ya que el cuadro del Derecho público romano, no permite realmente considerar que existiera Derecho administrativo, pero sí Administración, normas, decisiones, cargos y oficios, en fin, el aspecto material propio de la gestión estatal.

No es difícil encontrar en las obras de nuestros días de Derecho administrativo continuas referencias a la historia. Por ejemplo, en aguas, costas, minas, etc., en prueba evidente de que sin constituir propiamente Derecho administrativo lo que el Derecho Romano, las propias Partidas, o la Novísima Recopilación suponen¹⁶¹, no hay duda de que tanto en el ámbito internacional, como en el administrativo y, lo que resulta

solamente sujetas y vinculadas entre sí por el poder y el Derecho de Roma, por cuya relación pasaba toda conexión entre las distintas urbes).

Así la solución del conflicto por delimitación de fronteras entre Phanoteus y Stiris, donde se llama a la ciudad de Élis, foránea y formada pues por forasteros a las otras dos ciudades, a decidir; igualmente otro caso de delimitación de fronteras en Córcega, donde Vespasiano decide asimismo una delimitación entre dos ciudades extrañas entre sí; asimismo otro conflicto entre publicanos romanos y la ciudad de Pérgamo, (*Πέργαμος*) Provincia de Asia, hoy Turquía, con autonomía administrativa, lo que lleva a soluciones propias del hoy denominado Derecho administrativo internacional que al ser resueltas mediante Laudo en el *Comicio* romano pronunciada por un colegio de treinta personas designadas por el Senado y presididas por el Pretor, contiene todos los ingredientes de lo que consideramos arbitraje administrativo internacional.

De igual naturaleza resulta el conflicto entre Viturios y genoveses (llamados Genuates), siendo los primeros sujetos *ad tributus*, mientras que los genoveses, tenían condición confederada en la Liguria, dándose así el ingrediente de una diferente morfología jurídica entre ambas urbes, lo que en la época de referencia (117 a.C) viene a suponer una diferencia constitucional, administrativa y en parte internacional, ya que el conflicto asimismo se desarrollaba por el dominio sobre territorio estatal de los Viturios que por conquista había pasado a dominio romano, en parte luego asignada como *ager publicus* a los Genuates o genoveses en un tercio, otro tercio como *ager privatus* a los Viturios y el tercio restante como *ager publicus* a ambos pueblos conjuntamente, teniendo que pagar un tributo a Roma los Viturios que luego mediante cesión, ésta entregaba a los genoveses. Se designan dos árbitros, los hermanos Quinto y Marco Minucio Rufi, para resolver el conflicto, quienes van al terreno antes de resolver y fijar los límites y cuestiones propias de la controversia.

Hay ejemplos en la citada obra de ejecución de Sentencias arbitrales anteriores sobre delimitación de fronteras (conflicto entre Patulcenses y Gallinenses), intervención arbitral conjunta del Senado romano y el Gobernador de Mysia en el confin de Tracia, Macedonia, Iliria y Dacia en conflicto con ciudadanos residentes y la administración municipal; sobre entregas de dinero (97 a.C), entre la ciudad de Gythium y ciudadanos romanos, siendo la primera ciudad libre en Lacedemonia (Peloponeso) y donde el procónsul nombra a Atenas como árbitro, de nuevo dándose aquí ámbito internacional y administrativo; conflicto entre Oropus y publicanos romanos (79 a.C) sobre inmunidad fiscal designándose como árbitro al propio Senado romano; conflicto entre la lejana Tiro y ciudadanos romanos sobre tributación, designándose como árbitro también al Senado; confines en Lusitania y Bética entre ciudades que designan al Príncipe como solucionador arbitral de las controversias; discrepancias entre Atenas y ciudadanos por cuestión de tributos de los aceiteros con antecedentes en la legislación de Solón, resolviendo el emperador mediante laudo; en fin, numerosos conflictos entre otras ciudades, ciudadanos, que son resueltos mediante fórmulas arbitrales a distancia de Roma o atrayendo la competencia para sí, pero en múltiples casos con el triple ingrediente de ser arbitraje, ser administrativo y tener un ámbito y extensión de lo que hoy llamaríamos relaciones internacionales.

¹⁶¹ Puesto que como demostró incontestablemente el Maestro Eduardo García de Enterría no hay Derecho administrativo sino a partir de la Revolución Francesa (y es solamente el comienzo, siendo a partir del constitucionalismo cómo se desarrolla la labor imparale e imparale del Conseil d'État)

del mayor interés, en el entrecruce de ambos, donde funcionan como círculos secantes, hay que acudir a los antecedentes citados como muestra de que lo que hoy conocemos como arbitraje administrativo –singularmente el internacional– tiene raíces bien entroncadas en una historia realmente milenaria, dicho sin hipérbole.¹⁶²

Por otro lado, también cabe examinar –aunque de forma escueta–, el arbitraje comercial como breve apunte evolutivo del arbitraje en general para comparar sus características con las del indicado arbitraje administrativo¹⁶³.

En el Digesto se encuentran numerosas referencias al arbitraje, y dentro en general del Corpus, con inclusión de las Novelas, aún más. Cicerón contraponía en *Pro Roscio Comoedo* la flexibilidad del arbitraje (*moderatum*) a la rigidez del juicio ante jueces (*asperum, simplex*) lo que sería confirmado por el propio Séneca –aunque desde un prisma filosófico– años después (*De Clementia*). Aparece ya el sigilo y confidencialidad (*post nudata utriusque intima et secreta negotii aperta*) frente a lo que con el curso del tiempo se denominaría “estrépito de juicio”; es decir, su conocimiento público unido a la oralidad y audiencia pública, base de la transparencia, pero enemiga del secreto de los negocios.

Nótese cómo gran parte de los temas que aquí se examinaron hace dos milenios, siguen vigentes como cuestiones abiertas en lo que parece asemejarse a un *eterno ritornello*. Lo que autoriza desde luego, a proseguir en este breve examen evolutivo.

Recuerda De Castro¹⁶⁴ que la construcción romana del arbitraje era realmente ingeniosa, ya que para evitar atribuir a un particular potestades públicas como son las de la jurisdicción, lo que se hacía era superponer dos convenios. Uno, era el pacto con promesa (*Cum promissum*, de ahí la palabra “compromiso”, con promesa mutua pues) de resolver el asunto controvertido sin intervención del Juez confiando su resolución a una tercera persona, el *arbiter*. Pero como personas privadas no podían hacer eficaz la decisión del tercero, acudían a un segundo pacto, estipulado como cláusula

¹⁶² Este es el sentido que hay que dar a las aportaciones sobre iuspublicismo romano y su resuelta apuesta por el arbitraje que hoy diríamos de carácter público. A. Fernández Buján, *Derecho público Romano*, 13ª ed., Madrid, Thomson Reuters Civitas, 2010.

¹⁶³ Seguimos muy de cerca la exposición que hace don Federico de Castro y Bravo, en “El Arbitraje y la Nueva Ley Mercatoria”, *Anuario de Derecho Civil*, 1979. Fascículo IV, donde estudia la evolución del arbitraje y sus distintas formas con la intención de combatir la cláusula compromisoria, eje de todas sus críticas unida a su militante oposición a la “Nueva Ley Mercatoria”. Lo que interesa a este capítulo es mostrar los diferentes estadios en que se ha desenvuelto el instituto arbitral, su evolución dispar, y cómo tras la marca “arbitraje” coexisten supuestos muy distintos apenas unidos por la generalidad de que se trata de una solución establecida por terceros independientes como alternativa a la judicialización del conflicto. Luego, en cada una de las diferentes aproximaciones a los respectivos supuestos, también tienen que contar con distintas aplicaciones legales, cada una con elementos que de intentar darse en la otra y diferente figura arbitral, supondría una *striking exception* inasumible por esa otra y diferente figura arbitral. Conviven pues muy distintos institutos cada uno merecedor de un tratamiento singular, sin trasvasar un resultado operativo de uno de ellos al resto de los supuestos. Esta heterogeneidad, en parte, obliga a reconocer resueltamente tanto la dificultad como la aludida plasticidad de una figura que no se deja aprehender en moldes únicos, sino que por el contrario, muestra cómo la idea general, y genial, de confiar en terceros, normalmente expertos, una solución a una controversia, es una tesis consistente, robusta y que apela a un sentido común latente en toda la institución. *Vid.* Vinogradoff, *Common Sense in Law*, Oxford 1914.

¹⁶⁴ *Ibid.*

contractual dentro del contrato, consistente en imponer una indemnización civil en caso de incumplimiento del pacto primero. Así, como el Laudo no era “ejecutable” se fijaba una suerte de cláusula penal para el caso de que el vencido incumpliera el contenido del Laudo.

El segundo convenio era el signado entre el propio árbitro y las partes (*arbitrium recipere*) ya que la aceptación por un tercero no podía hacerse sin su propio consentimiento. Aceptado el oficio, tenía que dictar Laudo y, si no lo hacía, el Pretor podría obligarle. Se aceptaba que el árbitro era dueño del procedimiento sin necesidad de sujetarse a las formalidades y rigor del juez. Pero el laudo no tenía la fuerza de cosa juzgada, ya que las partes podrían acudir siempre al juez, aun pagando la pena por el incumplimiento contractual. Se trataba en definitiva de contrato de mandato (resolver conforme a Derecho o a equidad). No cabía tampoco alzarse contra el laudo mediante recurso; pero el emperador Antonino, admitió la excepción de *dolus malus* cuando el árbitro hubiera sido recusado por enemistad manifiesta con alguna de las partes y no se hubiera abstenido de Sentenciar.

Con Justiniano, se produce un cambio que refuerza del cumplimiento, primero mediante juramento y luego por aceptación tácita si había silencio por término de diez días o si en ese lapso las partes arbitradas confirmaban su disposición a atender a la decisión arbitral. En todos los supuestos, es importante indicar que el arbitraje es sobre una disputa dada, vigente, comprometida ya, y que tiene que ser resuelta con los instrumentos disponibles en ese momento. Su origen es un compromiso, precisamente estipulado para solventar una controversia actual, no futura ni incierta.

Es en este momento cuando también en el *Corpus*, con comentario de Justiniano, hace su aparición otra figura de cariz semejante al arbitraje pero que no resulta de un compromiso entre partes para resolver una disputa actual en la que existan dudas sobre la naturaleza o cuantía de la prestación en que consiste la obligación y cuya solución se confía al árbitro, debiéndose estar y pasar por la misma, incluso si no la justifica el árbitro. Es la figura en que el tercero aparece para determinar incluso la naturaleza y cuantía de la prestación, pero justificando como “hombre bueno” (*Vir Bonus*) y por consiguiente no puede en modo alguno, a diferencia del árbitro propiamente dicho, establecer la solución que le parezca apropiada, sino la que cabe esperar de conformidad con las circunstancias concretas. De ahí que a esta intervención de un tercero se le comience a llamar “Arbitrador” y no Árbitro. Lo cual supone fiscalizar y controlar el contenido de la decisión como algo perfectamente normal en el caso concreto. Son los supuestos de fijación por un tercero del precio de las cosas en la compraventa, o que en arrendamiento las obras de mejora se dejen al arbitrio de un tercero, o que la dote de la hija la fije un tutor testamentario, o que la restitución de la cosa se deje al arbitrio de una persona concreta que indicará si es debido hacerlo o no.¹⁶⁵ En estos caso de decisión por intervención de un tercero, *Boni Viri Arbitrium* sí está sujeta a examen ya que no puede separarse de lo que ha de ser normal, por ejemplo en el precio

¹⁶⁵ L. Díez-Picazo y Ponce de León, “El Pacto Compromisorio y la nueva ley de arbitraje”, *Anuario de Derecho Civil* (1954). Fascículo 4. pp. 1155 a 1174 del Anuario), luego ampliado en su conocida monografía, *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, Barcelona, Bosch, 1956. Hay edición posterior de 2011.

de las cosas, ya que no cabe una pura decisión sin referencia alguna que la justifique, aunque sí se respeta la discrecionalidad que puede tener quien como arbitrador la adopte.

Tras la caída del Imperio romano, aparece lo que se puede denominar derecho común. Se partía de la recuperación de aquél, gracias a la obra de glosadores y postglosadores, algunos de importancia para nuestro tema, como tendremos ocasión de examinar. Y aun cuando sintieron notable apego a la letra los Glosadores, ya en la época de las posglosas se da el paso de sujetarse a la letra de la regla romana, pero aplicar su contenido en un sentido espiritualista apropiado para solventar las circunstancias políticas, sociales y económicas de la época que correspondía.

C) El arbitraje en el Derecho histórico español

En nuestro país, será el Fuero Juzgo (1241), traducción al romance del *Liber Iudiciorum* (o *Lex Visigothorum*) de Recesvinto (654) el texto que mantenía como regalía fundamental del Monarca (Fernando III El Santo) el establecimiento de jueces, salvo que hubiera árbitro “cogido por juez por la voluntad de las partes con testimonias de omes buenos o tres”, ideario continuado por su hijo, Alfonso X El Sabio mediante el Fuero Real (1255 cuando otorgó a los vecinos de Aguilar de Campoo el texto intitulado “Fuero real de España” y a diferentes localidades) y Las Partidas (simultánea en parte con éste, se redactan entre el 26 de junio de 1256 y el 28 de agosto de 1265), donde se lee en el Título IV de la Partida III Ley 1, (De los jueces y de las cosas que deben hacer y guardar.): “sin todos estos, hay aún otros que son llamados en latín árbitros, que muestran tanto como juzgadores de albedrío, que son escogidos para librar algún pleito señalado con otorgamiento de ambas partes”. En la Partida Tercera, Título IV, Leyes 23 a 35, amén de dos Leyes del Título XVIII se desgrana con enorme pulcritud todo lo referente al arbitraje, sus límites, su aplicación a los casos por el mismo resuelto. Su influencia fue enorme e intensa, aunque nunca como Derecho directamente aplicable. Es el momento de alumbrar ya una situación pre-estatal que concluirá en el Renacimiento, mediante la necesaria incorporación al poder real y por ende central, de potestades difusas anteriormente en la etapa de fragmentación medieval¹⁶⁶.

Se continúa con la diferencia entre Árbitro y Arbitrador, éste complementando un contrato ya establecido entre partes mediante la configuración de un aspecto central pero previsible (precio por ejemplo en la compraventa) y corregible en los términos ya vistos mediante su corrección por otros hombres buenos.

No cabe recurso contra ese laudo, pero sí se puede cuestionar su validez si lo que los árbitros hacen es completamente “desaguisado”, o “contra natura o buenas costumbres” o “por engaño o falsas pruebas” o “sobre cosas que las partes no oviessen metido en mano de los avenidores” en cuyo caso “non valdría lo que assi mandasen nin la parte que assi non lo quisiesse obedecer, non caería por ende en pena”.

¹⁶⁶ J. Le Goff, *La civilización del Occidente Medieval*, Barcelona, Paidós Ibérica, 1999, donde se explica esta transición con abundancia de materiales.

Continúa, pues, si observamos el texto, un claro paralelismo con los límites que hoy tenemos sobre el arbitraje, tales como el orden público, y su extensión al ámbito probatorio, o el ámbito de la disponibilidad de los árbitros. Con la consecuencia, procedente como ya sabemos del derecho romano, de que la pena sustitutoria del incumplimiento, no se podría imponer. Pero la gran cuestión, el eterno problema que hace padecer a los juristas, es el dilema puesto ante la falta de ejecución del laudo, dado que la pena de reemplazo no equivale al cumplimiento de lo mandado, sino a un equivalente patrimonial sustitutivo de aquella.

Será en Cataluña, Reino de Aragón, donde convocadas las Cortes en Monzón, Huesca (1289) se dio el paso por el Rey Alfonso II de ordenar al *veguer* y al *bayle* de proceder a ejecutar el laudo, apartándose así de la tradición contractual romana y la ingeniosa fórmula para que se cumpla el Laudo. En esta misma línea, Jaime II de Aragón el Justo, en las Cortes de Barcelona (1311) y confirmado por el mismo Monarca diez años después, insistiendo en romper la complicada y suave organización romana del instituto en las dos fases conocidas. Se pretende ejecutar, pese al peso romano de una usanza que en su rutina impedía prosperar al instituto arbitral. Pedro IV el del *punyalet* confirma resueltamente esta posición también en Monzón en 1363 sin necesidad de juramento ni pena comisorio. Fernando II de Aragón, el Rey Católico, en las Cortes de Barcelona de 1480–1481, donde se firmaría la famosa “Constitución de la Observancia” (que comienza como es conocido con la frase “poco valdría” base del pactismo (“Poco valdría hacer Leyes y Constituciones si no eran por Nos, y nuestros oficiales, observadas”), enmarca una decidida apuesta por el arbitraje, impidiendo que se discuta el laudo so invocación de nulidad o de lesión “enormísima” siempre que se hubiera así pactado y si no, con prestación de caución bastante también podría ejecutarse.

En el territorio específico de Aragón, se aplicó el principio *standum est chartae*, el cual implica que, si no vale el laudo como tal y es posible anularla, cede tal pretensión ante este fundamento del derecho aragonés, que supone que hay que estar a lo pactado en juicio y fuera de él, salvo que fuera contrario al Derecho natural. Al mismo tiempo, en los territorios de Castilla, también se acoge a la idea de ejecutar laudos y evitar impugnaciones, lo que lleva a cabo en Madrid (1458) y serán los Reyes Católicos los que, en 1502, confirmen el privilegio de ejecución del laudo, formalizado ante escribano público, debiéndose en su caso restituir la cosa y sus frutos si eventualmente fuera revocada. Todo ello a partir de entonces confirmado, primero por doña Juana y Carlos I en Toledo (1539), y luego ya, secularmente, en la Nueva (1567) y en la Novísima Recopilación (1805).

Entrado el siglo XIX los comerciantes exigían seguridad en sus transacciones mercantiles, lo que obligaba a mirar hacia una *Lex Mercatoria*¹⁶⁷. La lentitud era contraria al mercantilismo, de ahí que surgiera con fuerza ya la técnica arbitral en el momento en que el comercio se acepta de manera común para una clase de sujetos, los comerciantes, que así ven reconocido también su papel y las posibilidades de ascenso social. Coincide ya con el movimiento codificador francés, y Domat manteniendo el compromiso junto con la transacción en el ámbito contractual, admite ya que sea el

¹⁶⁷ R.M. Parra Rivera, “Evolución histórica de la *lex mercatoria*”, *Revista de Investigación de la Fac. de Ciencias Administrativas*, UNMSM, vol. 13, n° 25, Lima, julio 2010, p. 67

derecho procesal y no solamente el civil, el llamado a resolver los problemas de la ejecución, que así se consideran de primera importancia, lo que sería potenciado por Pothier. Combinarían así la fuerza relevante del contrato que estaría con toda claridad asentada en la autonomía de la voluntad, con el reconocimiento procesal unido inextricablemente a su llevanza completa a la práctica.

Desde hace ahora 167 años, iniciados con el Decreto de Bravo Murillo de 1852, hasta nuestros días, se había mantenido, con alguna reciente suavidad teórica, la prohibición para el Estado y toda su galaxia administrativa de someterse a arbitraje¹⁶⁸. Tras tan largo camino para sujetar el Poder¹⁶⁹, lo que no estaba dispuesto el Estado era a someterse a arbitraje. Con anterioridad, y mientras todavía se ventilaban en el siglo XIX las cuestiones ante el Consejo Real, se advirtió en la primera regulación sobre los contratos públicos (Decreto de Bravo Murillo de 1852) que no se someterían a arbitraje, cuando precisamente esta es una materia especialmente apta para el arbitraje¹⁷⁰.

Casi sesenta años después, la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública, de 1 de julio de 1911, en su art. 7, dulcificó algo la prohibición al permitir que mediante una ley se admitiera el sometimiento a arbitraje, siguiendo la estela de la Ley publicada el 25 de junio de 1870, que sustituía a la de 20 de febrero de 1850. Y arribando ya, transcurrido otro medio siglo largo, a la Ley de Patrimonio del Estado de 15 de abril de 1964, se da un ligero paso más en suavizar la exigencia, dado que el art. 41 exigía Ley para someter a arbitraje, pero solamente decreto para transigir en sus arts. 39 a 41¹⁷¹. Veamos el significado de la *interpositio legislatoris*, bien con ley bien mediante decreto.

¹⁶⁸ El arbitraje ya se encontraba presente en las propias Partidas de Alfonso X “el Sabio” (Partida III, Título 4, Ley 1), cuya definición no dista mucho de nuestro entendimiento como árbitros: “hay aún otros que son llamados en latín árbitros, que muestran tanto como juzgadores de albedrío, que son escogidos para librar algún pleito señalado con otorgamiento de ambas partes.” No obstante, no se encuentra ninguna referencia al arbitraje en Derecho público. En la Constitución de 1812 también se acepta el arbitraje en el ámbito civil. Art. 280: “No se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por ambas partes”. *Vid. supra*, lo ya indicado en la evolución histórica en el primer capítulo de esta tesis.

¹⁶⁹ En España, abandonando la “jurisdicción retenida” del Consejo Real, se pasó a la jurisdicción ordinaria en La ley Santa María de Paredes de 13 de septiembre de 1888 que instauró un sistema mixto (mezcla de jueces y funcionarios del ya denominado Consejo de Estado) y finalmente se aceptó sólo a los Jueces con la Ley Maura de 5 de abril de 1904 la cual privó al Consejo de Estado de las funciones judiciales, que se trasladaron a la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

¹⁷⁰ *Gaceta de Madrid*, sábado 2 de octubre de 1852: “Por el Ministerio de Hacienda se ha comunicado a este Gobierno de provincia con fecha 15 del actual la Real Orden siguiente: Por la Presidencia del Consejo de Ministros se dice: este Ministerio con fecha 27 de Febrero último lo siguiente:

Excmo. Sr.: La Reina (Q. D. G.) se ha servido expedir el Real decreto que sigue. —Tomando en consideración lo que de acuerdo con el Consejo de Ministros me ha propuesto el Presidente, vengo en decretar lo siguiente: ... De Real orden lo comunico á V. E. para su inteligencia y efectos correspondientes. Dios guarde á V. E. muchos años. Madrid 27 de febrero de 1852. —Juan Bravo Murillo. —Sr. Ministro de Hacienda. (Nótese de paso como entre promulgación y publicación existía un trecho temporal muy amplio a determinar en cada caso según la Provincia a la que alcanzaba la Orden).

“Art. 12. Ningún contrato celebrado con la Administración podrá someterse a juicio arbitral, resolviéndose cuantas cuestiones puedan suscitarse sobre su cumplimiento, inteligencia, rescisión y efectos por la vía contencioso-administrativa que señalan las leyes vigentes”.

¹⁷¹ Art. 39. “No se podrán gravar los bienes o derechos del Patrimonio del Estado sino con los requisitos exigidos para su enajenación. Art. 40. Tampoco se podrán hacer transacciones respecto de dichos bienes o

Si como hemos visto en el Decreto Bravo Murillo, la prohibición era absoluta y no había ni excepción por ley, luego en la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública de 1 de julio de 1911 se permitió el arbitraje si una Ley lo autorizaba. Se origina ahí, precisamente, el concepto de “Ley singular”, unido al de “Ley Formal”, porque se trataba en definitiva de una “Ley de Autorización” (*Ermächtigungsgesetz*) para un caso concreto y excepcional. Era, por tanto, ley singular y, al mismo tiempo, era una ley que no tenía contenido material, sino el meramente formal o figurativo de contener una habilitación al ejecutivo para contratar. La falta de previsión en la actual LA de la posibilidad de que el arbitraje administrativo despegue en el ordenamiento jurídico español, genera la duda de que quepa someter a arbitraje materia de Derecho público. No obstante, la actuación de la Administración Pública no siempre actúa bajo el manto de materias indisponibles al arbitraje. La Ley que se dictaría *ad hoc* para permitir comprometer en arbitraje, completaría así, la capacidad de la Administración. Sin embargo, la práctica no acompañó a esta idea, que quedó inédita ya que no se conocen casos de leyes de autorización para comprometer en árbitros.

La Ley de 1964 de Patrimonio del Estado (Texto Articulado de 15 abril 1964, ejecutado en desarrollo de la Ley de Bases del Patrimonio del Estado de 24 de diciembre de 1962 y su Reglamento¹⁷²) preveía la misma exigencia legal. Y a lo mismo se remitía el art. 30 de la Ley 11/1977 de 4 de enero, General Presupuestaria, que no permitía “enajenar, gravar ni arrendar los derechos económicos de la Hacienda Pública fuera de los casos regulados por las Leyes”. Por tanto, la posibilidad del Estado de comprometerse en arbitraje resultó utópica. Nótese que se exige, de una parte, ley, esto es, la más alta expresión normativa y, de otra, que deban tratarse de bienes patrimoniales —esto es sujetos al tráfico jurídico ordinario— y no demaniales, esto es, bienes objeto de una protección especial que los hace intransferibles al estar dedicados a un bien o servicio público¹⁷³.

derechos, sino mediante Decreto acordado en Consejo de Ministros, a propuesta del de Economía y Hacienda, con audiencia del Consejo de Estado en Pleno.” Art. 41. “Para someter a arbitraje las contiendas que se susciten sobre los bienes o derechos patrimoniales, hará falta una Ley que lo autorice.”

¹⁷² Decreto 3588/1964, de 5 de Noviembre, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley del Patrimonio del Estado: Capítulo VI Requisitos especiales para determinados actos Art. 82.— “No se podrán gravar los bienes o derechos del Patrimonio del Estado sino con los requisitos exigidos para su enajenación”. Art. 83.— “Tampoco se podrán hacer transacciones respecto a dichos bienes o derechos sino mediante Decreto acordado en Consejo de Ministros, a propuesta del de Hacienda, con audiencia del Consejo de Estado en pleno”. Art. 84.— “Para someter a arbitraje las contiendas que se susciten sobre los bienes o derechos patrimoniales, hará falta una Ley que lo autorice. El oportuno anteproyecto de Ley será sometido al Gobierno por el Ministro de Hacienda, previo el dictamen a que se refiere el artículo anterior”.

¹⁷³ No es el momento de describir tales bienes demaniales. Baste recordar que, además de los bienes demaniales por naturaleza, tales como las playas o ríos, hay múltiples tipos de bienes que sí pueden quedar sujetos a posible arbitraje; por ejemplo precios de plazas de aparcamientos para residentes —que son demaniales— en caso de dejar de residir, que alguna vez se ha planteado si se puede incluir para resolver temas como este en el pliego de cláusulas administrativas particulares de la concesión demanial de otorgamiento por treinta años de la plaza (que luego puede quedar previsto que se desafecte, pase a ser bien patrimonial y se venda el resto por el importe no amortizado al particular concesionario de la plaza).

III. Perspectivas de análisis de los sistemas esenciales en el desarrollo del arbitraje

1. Derecho francés

A) Elementos teórico-prácticos

Resulta menester realizar una breve consideración sobre lo que venía ocurriendo fuera de nuestras fronteras, hay que decir que era parecido. Porque entendemos que situamos mejor en el pórtico CE de 1978 y su legislación derivada, lo que el arbitraje supone, si realizamos, ahora con carácter general, un examen, siquiera breve, sobre lo que en nuestro cercano derecho comparado aconteció en esta época. Y quizás, desde la perspectiva del Derecho público, esto es, en relación con el arbitraje sobre la Administración Pública, resulte que la situación en España no era diferente a la que acontecía en otros países. Y tras ello, será el momento de volver a nuestra legislación.

En Francia, la incorporación del contencioso, primero como justicia retenida, luego delegada, centró exclusivamente en el *recours pour excès de pouvoir* toda su fuerza como un recurso al acto que protegía las reglas objetivas (*règle de droit*) en las que se desenvolvía el Derecho administrativo. Era un proceso objetivo que pretendía simplemente recuperar la *légalité générale* de forma que quien recurría en el contencioso administrativo era llamado a coadyuvar con la Administración en la búsqueda y restauración de la plena legalidad, se incorporaba al proceso contencioso para *collaborer à la protection de la légalité*¹⁷⁴ Ahí no tendría ocasión de manifestarse una técnica alternativa al enjuiciamiento contencioso por el juez administrativo. Y eso que originariamente, hasta prácticamente la primera mitad del siglo XIX los actos de pura gestión *actes de gérant et d'intendant des services publics* se sometían a las reglas del Código Civil y a la jurisdicción de los *Tribunaux judiciaires*¹⁷⁵ aunque es bien conocido que el art. 2060 del *Code civil* establecía límites, como luego tendremos ocasión de comprobar.

Pero, tras el famoso *arrêt Blanco* (resuelto en el año 1873, 8 de febrero, por el *Tribunal des Conflits*)¹⁷⁶ y que superando (o yendo marcha atrás) la tesis inicial, sostenida durante

¹⁷⁴ J. Waline, *Droit administratif*, París, 2010, pp. 600 ss.

¹⁷⁵ E. Laferrière, *Traité de juridiction administrative et des recours contentieux*, vol. I, reeditado por la Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1989.

¹⁷⁶ Le Tribunal des conflits de 1848 à 2015 (puede leerse en su página virtual):

“Le Tribunal des conflits a été institué par l'article 89 de la Constitution de 1848 pour régler les conflits d'attribution entre l'autorité administrative et l'autorité judiciaire” (Tres por el Conseil d'Etat, tres por la Court de Cassation y presidido por el Ministro de Justicia, Garde de Sceaux, hoy sustituido. Son organisation était réglée par un règlement du 28 octobre 1849 et une loi du 4 février 1850. Supprimé avec l'avènement du Second empire, il renaîtra avec la loi du 24 mai 1872 portant réorganisation du Conseil d'Etat. Ses attributions ont été ensuite renforcées par la loi du 20 avril 1932 et le décret du 25 juillet 1960.

Le Tribunal des conflits a fait l'objet d'une réforme profonde en 2015. Il est désormais régi par la loi du 24 mai 1872 modifiée, par la loi n°2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et

la primera mitad del siglo XIX, de que los contratos, el derecho de propiedad e inclusive la responsabilidad de la Administración no podían sujetarse a especialidad alguna porque eran parte del derecho común, ese *arrêt* impidió durante más de cien años que el contencioso fuera otra cosa que un mero contencioso de la legalidad.

En consecuencia, todo lo que haría el juez contencioso (básicamente el Consejo de Estado que allí es el Juez¹⁷⁷) sería *revisar* lo que objetivamente había hecho la Administración Pública, con el único objetivo de restaurar la legalidad, no con la de conceder derechos subjetivos a la parte recurrente. “*La responsabilité qui peut incomber à l’État du fait de personne qu’il emploie dans le service public ne peut être réglée par les principes qui sont établis dans le code civil pour les rapports de particulier à particulier... elle a ses règles spéciales*”, sentenció el Tribunal des Conflits determinando nada menos que todo el curso futuro del Derecho administrativo, que se aparta así de la evolución que aventuraba inicialmente.

Por cierto, que así también el Derecho administrativo en Francia, paradójicamente, se convirtió en un derecho jurisprudencial y no legal, porque esas reglas especiales... no existían, con lo cual el *Conseil d’État* tenía que “descubrir las” en los principios generales del Derecho, creando así, *arrêt* tras *arrêt*, una doctrina que equivalía a la jurisprudencia de los jueces. Y ahí, en tales soluciones, creaban auténticas reglas de derecho ya que la doctrina era imaginativa, creadora y muy circunstanciada ya que atiende a las circunstancias concretas, por lo que la historia del Derecho administrativo francés (matriz del resto de Europa) es la propia historia de su juez, el *Conseil d’État*. Logró así una visión pragmática que le dio en su momento gran prestigio, si bien, luego se petrificó al reiterar su propia doctrina. Luego permitió tímidamente el recurso más completo, les *recours de pleine juridiction (ou de plein contentieux)* pero la situación era poco proclive a la aceptación de alternativas a un recurso pensado sobre fiscalización objetiva de un acto de autoridad.

Paradójicamente, lo que se ha venido en denominar “socialismo jurídico administrativo”, esto es la Escuela de Burdeos, (Jéze, Bonnard y sobre todo, León Duguit) que superando el acto administrativo ejecutivo y ejecutorio como base del Derecho administrativo, afirmaron que el Derecho administrativo es el derecho de los servicios públicos (educación, sanidad, transporte...) rebajaron la fuerza de los actos de imperio frente a los actos de gestión que son los que están principalmente asociados a estos servicios, y en alguna medida anticiparon la transformación que se está dando en estos momentos y que permite en nuestros días superar inclusive los límites impuestos por el código civil¹⁷⁸.

à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures ainsi que par le décret n°2015-233 du 27 février 2015 relatif au Tribunal des conflits et aux questions préjudicielles”.

¹⁷⁷ Cumple también funciones consultivas, procedentes ambas de la evolución de la medieval *Curia Regis* que luego concretó la función consultiva en uno de los tres brazos en que se dividió, a saber, el *Conseil du Roi*,

¹⁷⁸ Finalmente, las últimas reformas del año 2015, que incluyen toda una legislación de procedimiento administrativo previa al contencioso más proclive a los ciudadanos, unido a reformas concretas en 2018 en determinados sectores como la contratación, van realizando algunas aperturas.

Algunos avances pues se están dando en la legislación y doctrina francesa, que luego veremos con mayor intensidad al examinar la relación con el arbitraje en los contratos del sector público, campo abonado para este tipo de actuaciones¹⁷⁹.

Finalmente, y remitiendo a lo que luego se indicará sobre los contratos administrativos o del sector público (se examinarán en su momento), se ha ido superando la vieja interdicción del arbitraje sobre actuaciones de Derecho administrativo y parece que comienza en Francia una *nouvelle époque*. Y es que, en el vecino país, desde hace ya algún tiempo, los viejos mitos del contencioso han empezado a derrumbarse¹⁸⁰.

En efecto, limitado el arbitraje de Derecho público a los supuestos en los que una ley expresamente lo permita y reconozca – veremos la reciente modificación en lo que hace a los contratos públicos – con carácter general sí se ha incorporado al Derecho administrativo, las figuras de la conciliación y la mediación. Volvemos a encontrarnos con estas técnicas como aportaciones que, históricamente, van precediendo al arbitraje propiamente dicho.

Y la fórmula de la mediación, se dará tanto en la fase previa del procedimiento, como en la propiamente contenciosa. En ambos momentos se pretende llamar a la racionalidad consensuada, en la que se llegue a soluciones prácticas, fiables y modestas quizás, pero que solventen de una forma más pragmática, al participar los involucrados en la solución, y al mismo tiempo, descargar de asuntos al contencioso.

Una rectificación de fondo de la situación del contencioso se requiere en realidad en toda Europa. En Francia sabemos que se viene insistiendo, desde las reformas promovidas por Guy Braibant, desde que fue elegido “Président de la Section du Rapport et des Études du Conseil d’État”. No deja de ser curioso que, tratándose de una simple sección de estudios, Braibant la convirtiera en el epicentro de la revolución sobre el contencioso. La superación del tradicional recurso por exceso de poder en un recurso completo, que además de la anulación del acto administrativo suponía el reconocimiento de una situación jurídica individualizada, es el producto seguro de esta impresionante reforma que en apenas unos años transformó una institución de casi dos siglos y que parecía por obsoleta pese a la admiración teórica que se le reconocía no solo en Francia.

Ello ha contribuido asimismo a modificar con una rectificación profunda, el propio procedimiento administrativo en Francia, que no existía propiamente, hasta el año 2015, con reformas previas en 2010¹⁸¹. Y luego, también, se ha modificado el propio recurso contencioso administrativo.

¹⁷⁹ D. Renders, P. Delvolvé and T. Tanquerel (eds), *L’arbitrage en droit public* (Bruylant 2010); M. Audit (ed), *Contrats publics et arbitrage international* (Bruylant 2011).

¹⁸⁰ C. Barray, P-X Boyer, *Contentieux administratif*. Champs Université. Flammarion 2015.

¹⁸¹ E. García de Enterría, “La formación y el desarrollo en Europa de la jurisdicción contencioso-administrativa. Su adquisición definitiva de un status de jurisdicción plena y efectiva”, *Revista de Administración Pública*, nº 179, Madrid, mayo-agosto (2009), pp. 167-183; D. Canals Ametller. “Los recursos administrativos en Francia: de lo contencioso a lo gubernativo”. XI Congreso de la asociación española de profesores de Derecho administrativo. Las vías administrativas de recurso a debate. Modelos comparados. Universidad de Zaragoza, 5-6 de febrero de 2016.

Como señala la autora citada, “en el país vecino el recurso administrativo es una modalidad más de resolución extrajudicial de conflictos entre ciudadanos y Administración, una consideración que ha venido a reafirmar el recientemente aprobado Código de procedimiento administrativo de 2015 (Ordonnance n°2015–1341 du 23 octobre 2015)”.¹⁸²

Y en este código, se encuentran las vías extrajudiciales de solución de conflictos.

Así se lee: *Titre II: Les autres modes non juridictionnels de résolution des différends. Chapitre Ier: Conciliation et médiation dans un cadre non juridictionnel.*

Notemos que se habla en general, y que ahora, cabe esta mediación con carácter previo y durante la fase procedimental.

Article L421–1. “Il peut être recouru à une procédure de conciliation ou de médiation en vue du règlement amiable d’un différend avec l’administration, avant qu’une procédure juridictionnelle ne soit, en cas d’échec, engagée ou menée à son terme”.

Asimismo, en contratación y responsabilidad extracontractual, cabe la conciliación, figura que supone un mayor protagonismo de los partícipes. Y sin perjuicio también de que, en el ámbito contractual público, quepa, como tendremos ocasión de examinar, la introducción propiamente dicha, del Arbitraje, ya en fase de conflicto actual.

Article L421–2. “Des décrets en Conseil d’Etat peuvent déterminer dans quelles conditions les litiges contractuels concernant l’Etat, les collectivités territoriales et leurs établissements publics, ainsi que les actions mettant en jeu leur responsabilité extracontractuelle sont soumis, avant une instance juridictionnelle, à une procédure de conciliation”.

Notemos que inmediatamente después, aparece con claridad la transacción como medio de realización del procedimiento. Con lo cual se dan cita ya, en el contencioso, prácticamente todas las fórmulas de acercamiento y solución extrajudicial de conflictos.

Aquí ya se aplica directamente la transacción, como fórmula de resolución equilibrada entre partes, opción que, en su caso, queda en manos de los contendientes, la Administración y los interesados.

Article L423–1. Ainsi que le prévoit l’article 2044 du code civil et sous réserve qu’elle porte sur un objet licite et contienne des concessions réciproques et équilibrées, il peut être recouru à une transaction pour terminer une contestation née ou prévenir une contestation à naître avec l’administration. La transaction est formalisée par un contrat écrit.

Y finalmente, dentro de estas fórmulas alternativas de solución de controversias, se incluye al “Defensor de los derechos”.

¹⁸² D. Canals Ametller, cit. p. 5. No deja de sorprender la continuada cascada de reformas que en el Derecho administrativo francés se están produciendo desde el año 2000 más o menos: reformas profundas del contencioso, con acentuación del carácter subjetivo, establecimiento de una Ley de Procedimiento Administrativo – que sorprende que no existiera antes – introducción de la mediación como técnica en el contencioso y apertura al arbitraje en la contratación pública.

Chapitre IV: Saisine du Défenseur des droits.

Article L424–1 .*Le Défenseur des droits peut être saisi ou se saisir d’office de différends entre le public et l’administration, dans les cas et les conditions prévus par la loi organique n° 2011–333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits.*

Puede pues comprobarse como, paulatinamente, emergen, inclusive en la patria del *acte administratif*, fórmulas de composición que permiten llegar a soluciones que no son exactamente las tradicionales y que aparejan como consecuencia una efectiva aplicación del resultado de la negociación puesto que firmado el documento, sea medial o transaccional, es ejecutivo y cuenta ya con la previa aquiescencia de la Administración que entró a conciliar/mediar/transaccionar.

Un ejemplo que, si se siguiera la tradicional, hasta hace bien poco, influencia del Derecho francés sobre el hispano, podría ofrecer resultados plausibles y bien útiles para conseguir a la par la satisfacción de un interés general y de la solución de la situación concreta en que se encuentre el administrado en su relación con la Administración.

En el ámbito ya del contencioso, igualmente, se formula la correspondiente opción mediadora. Es el momento de que decida un tercero y se comienza a apostar ya por esta formula que por demás cuenta con el apoyo generalizado de la Unión Europea.

Se ha concretado esta posibilidad en el

Article L114–1. Créé par Loi n°2016–1547 du 18 novembre 2016 – art. 5 (V)

“Lorsque le Conseil d’Etat est saisi d’un litige en premier et dernier ressort, il peut, après avoir obtenu l’accord des parties, ordonner une médiation pour tenter de parvenir à un accord entre celles-ci selon les modalités prévues au chapitre III du titre Ier du livre II”.

Nótese que nos referimos a una reciente Ley, año 2016, que, apuesta por este medio, que se refiere al más alto tribunal contencioso – administrativo de Francia y que previamente el *Conseil d’Etat* debe obtener el acuerdo entre partes, normalmente una Administración. Y entonces, es el propio *Conseil* quien ordena tal mediación.

Además, con carácter general, también se crean en los tribunales inferiores contenciosos – administrativos, Livre II : *Les tribunaux administratifs* (los antiguos y tradicionales Consejos de Prefectura creados ya en el Año VIII (28 “Pluvioso” en la terminología de la Revolución Francesa, es decir, en 1799 – al igual que el *Conseil d’Etat*, éste del 22 “Frimario”, es decir, 13 de diciembre – y definitivamente considerados tribunales desde 1953) et les *Cours Administratives d’Appel*, creadas mediante ley de 31 de diciembre de 1987, anteayer, si se nos permite decir, dada la antigüedad de la jurisdicción. Se trata de descargar al *Conseil d’Etat* de la enorme carga de trabajo que sufre, especialmente tras la consolidación de las agencias independientes reguladoras que por imposición de la Unión Europea tienen que tener todos los Estados miembros.

Dice así el texto reglamentario que desarrolla el texto legal (Article L213–1 Créé par Loi n°2016–1547 du 18 novembre 2016 – art. 5:

V. La médiation régie par le présent chapitre s'entend de tout processus structuré, quelle qu'en soit la dénomination, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers, le médiateur, choisi par elles ou désigné, avec leur accord, par la juridiction).

La mediación pasa a constituirse así en una atribución en igualdad de rango que las otras dos clásicas atribuciones de competencias a estos dos tribunales. Y tiene interés conocer que es en el año 2017 cuando se produjo ese cambio, que, si lo sumamos, como veremos, a los cambios realizados a finales de 2018 en cuanto atribución en los contratos administrativos de la posibilidad de arbitraje, demuestra incontestablemente, que las cosas están cambiando de forma notable en el contencioso francés tras más de dos siglos de permanecer anclado en la visión clásica de gestión de la decisión ejecutoria en que consiste el acto administrativo¹⁸³.

Y aquí es donde se prevé, caracterizadamente, acudir también a la mediación dentro de un proceso administrativo, algo novedoso y que supone una excepción a la tradicional evolución del Derecho administrativo francés¹⁸⁴.

¹⁸³ La mediación recoge aquí las características habituales de este instrumento. Y en el Título I de este Libro II, se indican, en igualdad de condiciones, las tres atribuciones de estos dos tribunales, el de instancia y el de apelación. Se indica así: *Titre Ier: Attributions.*

Chapitre Ier: Attributions contentieuses

Chapitre II: Attributions administratives

Chapitre III: La médiation

Así: Section 1: Dispositions générales. Article R213–1 Créé par Décret n°2017–566 du 18 avril 2017 – art. 1. La médiation porte sur tout ou partie d'un litige.

Article R213–2 Créé par Décret n°2017–566 du 18 avril 2017 – art. 1. La médiation peut être confiée à une personne physique ou à une personne morale. Si le médiateur désigné est une personne morale, son représentant légal désigne la ou les personnes physiques qui assureront, au sein de celle-ci et en son nom, l'exécution de la mission.

Article R213–3. Créé par Décret n°2017–566 du 18 avril 2017 – art. 1. La personne physique qui assure la mission de médiation doit posséder, par l'exercice présent ou passé d'une activité, la qualification requise eu égard à la nature du litige. Elle doit en outre justifier, selon le cas, d'une formation ou d'une expérience adaptée à la pratique de la médiation.

¹⁸⁴ *Section 2: Médiation à l'initiative des parties.*

Article L213–5. Créé par Loi n°2016–1547 du 18 novembre 2016 – art. 5 (V). Les parties peuvent, en dehors de toute procédure juridictionnelle, organiser une mission de médiation et désigner la ou les personnes qui en sont chargées.

Elles peuvent également, en dehors de toute procédure juridictionnelle, demander au président du tribunal administratif ou de la cour administrative d'appel territorialement compétent d'organiser une mission de médiation et de désigner la ou les personnes qui en sont chargées, ou lui demander de désigner la ou les personnes qui sont chargées d'une mission de médiation qu'elles ont elles-mêmes organisée.

Le président de la juridiction peut déléguer sa compétence à un magistrat de la juridiction.

Lorsque le président de la juridiction ou son délégué est chargé d'organiser la médiation et qu'il choisit de la confier à une personne extérieure à la juridiction, il détermine s'il y a lieu d'en prévoir la rémunération et fixe le montant de celle-ci.

Además de la mediación, que hemos comprobado se extiende resueltamente al ámbito de los tribunales administrativos, en Francia se ha aceptado asimismo la transacción en el ámbito del Derecho público y lo aplica el *Conseil d'Etat*.

La transacción tiene su origen en el *Code civil* (Version consolidée au 12 juillet 2019): Titre XV: Des transactions. Article 2044 (Modifié par LOI n°2016-1547 du 18 novembre 2016 – art. 10).

“La transaction est un contrat par lequel les parties, par des concessions réciproques, terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître.

Ce contrat doit être rédigé par écrit”

El *Conseil d'Etat* ha admitido que cabe entenderlo también como un acuerdo de Derecho público aplicable a los actos que se enjuician ante el mismo (CE. 6 diciembre 2002, Syndicat Intercommunal des établissements de L'Hay –les – Roses n° 249153). Aquí el Estado o los establecimientos públicos deben también ceder, como exige toda transacción. No es una respuesta unilateral de la Administración, tiene que haber reciprocidad.

Además, tiene autoridad de cosa juzgada (Article 2052 Modifié par Loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 – art. 10): *La transaction fait obstacle à l'introduction ou*

Les décisions prises par le président de la juridiction ou son délégataire en application du présent article ne sont pas susceptibles de recours.

Lorsqu'elle constitue un préalable obligatoire au recours contentieux en application d'une disposition législative ou réglementaire, la médiation présente un caractère gratuit pour les parties.

Article L213-6. Créé par Loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 – art. 5 (V). Les délais de recours contentieux sont interrompus et les prescriptions sont suspendues à compter du jour où, après la survenance d'un différend, les parties conviennent de recourir à la médiation ou, à défaut d'écrit, à compter du jour de la première réunion de médiation.

Ils recommencent à courir à compter de la date à laquelle soit l'une des parties ou les deux, soit le médiateur déclarent que la médiation est terminée. Les délais de prescription recommencent à courir pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois.

Article L213-7. Créé par Loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 – art. 5 (V). Lorsqu'un tribunal administratif ou une cour administrative d'appel est saisi d'un litige, le président de la formation de jugement peut, après avoir obtenu l'accord des parties, ordonner une médiation pour tenter de parvenir à un accord entre celles-ci.

Article L213-8. Créé par Loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 – art. 5 (V). Lorsque la mission de médiation est confiée à une personne extérieure à la juridiction, le juge détermine s'il y a lieu d'en prévoir la rémunération et fixe le montant de celle-ci.

Lorsque les frais de la médiation sont à la charge des parties, celles-ci déterminent librement entre elles leur répartition.

A défaut d'accord, ces frais sont répartis à parts égales, à moins que le juge n'estime qu'une telle répartition est inéquitable au regard de la situation économique des parties.

Lorsque l'aide juridictionnelle a été accordée à l'une des parties, la répartition de la charge des frais de la médiation est établie selon les règles prévues au troisième alinéa du présent article. Les frais incombant à la partie bénéficiaire de l'aide juridictionnelle sont à la charge de l'Etat, sous réserve de l'article 50 de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique.

Le juge fixe le montant de la provision à valoir sur la rémunération du médiateur et désigne la ou les parties qui consigneront la provision dans le délai qu'il détermine. La désignation du médiateur est caduque à défaut de consignation dans le délai et selon les modalités impartis. L'instance est alors poursuivie”.

à la poursuite entre les parties d'une action en justice ayant le même objet. Es decir, una vez adoptado el acuerdo transaccional, no cabe acudir a los tribunales. Tampoco por la Administración, si ésta transige.

Como el propio *Code civil* estipula que: *Les établissements publics de l'Etat ne peuvent transiger qu'avec l'autorisation expresse du Premier ministre*, lo que se ha hecho es dar autorizaciones generales o de clase, para toda una serie de asuntos y temas objeto de posibles litigios.

Y naturalmente, que no atente al orden público.

Por de pronto, la Administración no puede otorgar lo que no tiene (*nemo dat quod non habet*), y no puede adquirir compromisos futuros sobre temas que supongan ir más allá de su actual poder de disposición sobre la materia en la que está transigiendo. Puede transigir hasta el límite que podría imponerle un juez, pero no más. No puede conceder más derechos de los que estaría dispuesta a entregar como consecuencia de una eventual condena judicial. Y así, si tiene que enfrentarse ante un asunto molesto o incómodo para el poder, no podrá, por ejemplo, otorgar más dinero del que estaría dispuesto a entregar según sus partidas presupuestarias aprobadas. La generosidad está prohibida cuando se hace con recursos públicos. Otra cosa será el grado de flexibilidad con el que logre el equilibrio entre las deudas y créditos de una parte, y lo que para el interés general supone evitar un pleito y concluir un acuerdo, algo en lo que la doctrina comienza a pedir algo de flexibilidad.

Por supuesto, el límite a toda transacción pública es siempre la Ley. No cabe ni imaginar que con ocasión de una transacción se incurra en ilegalidad. Lo cual lleva a que la transacción en Derecho público alcance solamente al contencioso subjetivo de derechos de las personas, pero en modo alguno al poder reglamentario, regulador o delegado de la ley. Las potestades públicas no pueden ser jamás objeto de transacción. (Asunto *Boyer*, 30 diciembre 1996)

Pero inclusive en este campo, comienzan a observarse matizaciones, como, por ejemplo, admitir la retirada de un recurso contencioso como consecuencia de una transacción, o negociar sobre un permiso de construcción (Ordenanza de 18 de julio de 2013 sobre código de la Construcción).

Como la transacción tiene eficacia de cosa juzgada, se puede llevar a cabo, pero necesita de la homologación judicial para poder ser ejecutada (al igual que entre nosotros, como demuestra el asunto *Conde de Fenosa* al que nos referiremos).

La homologación es una verificación que autoriza del acuerdo transaccional, que no cambia la naturaleza contractual de la transacción, pero que permite conocer que efectivamente tanto por forma como por fondo, se ha realizado todo correctamente. Si no, el juez de la homologación, en nuestro caso el *Conseil d'Etat* la anula. Además, esa homologación resta toda reticencia o crítica por parte de los funcionarios encargados de ejecutar el acuerdo, a veces en contra de sus propios hábitos y actitudes.

En definitiva, que, en Francia, los tiempos nuevos cambian en favor de las nuevas técnicas de resolución alternativa de conflictos, ofreciendo un ejemplo que haríamos bien en seguir, sobre todo por la incisiva redacción legal que impulsa estos procesos.

Es capital notar que, en efecto, estas modificaciones suponen un cambio sustancial en el modo de resolver los asuntos contenciosos, lo que explica bien que luego en sectores concretos, como la contratación pública, se haya finalmente conseguido lograr el arbitraje.

Francia recupera así una cierta tradición subterránea que de una u otra manera estuvo presente pese a ser el país legiferante más claro de toda Europa. Recordémoslo.

B) Incidencia de la práctica emanada de la Cámara de Comercio Internacional

Por de pronto, conviene llegados a este punto, recordar que, no obstante, ese rechazo interno inicial, ahora corregido en alguna medida, Francia sigue siendo la sede de la ICC. Fundada en Atlantic City, hace un siglo (1919) situó su sede en París (salvo durante la ocupación alemana que trasladó su sede a Estocolmo y los laudos se dictaban en alemán), y con el apoyo del antiguo Ministro de Comercio francés, Etienne Clementel, creó la International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce en el año 1923.

La ICC nació como un resultado del Tratado de Versalles, tras un período en que el comercio internacional, en contra de la tradición tanto continental como anglosajona, se decantaba por el arbitraje. Y las causas conocidas eran la necesidad de especialización, la lentitud al resolver y los costes inevitables. Se asociaban asimismo las ideas de flexibilidad, razonabilidad y racionalidad, disposición y autonomía, negociabilidad. Lo que determinaba un pragmatismo alejado del resultado judicial, que además de ser imprevisible no podía salirse de los rígidos cauces predeterminados, que no podía tener en cuenta la razón comercial y el sentido común, las circunstancias concretas del caso, sino la aplicación necesaria e ineludible de la regla general representada por la ley.

La llamada a las circunstancias concretas del caso, permitiendo inclusive una discrecionalidad amplia si se justificaba que el caso concreto ameritaba una consideración especial y distinta de la regla general, llegando a considerar, nada menos, que ilícita una reducción de esa discrecionalidad basada en las reglas generales porque se estimaba que la responsabilidad de decidir sobre un caso concreto correspondía a quien juzgaba y no a quien dictaba esa regla general, obligaría a acudir a formulaciones cercanas al *common law*; esto es, que el árbitro sería un enjuiciador experimentado que al mismo tiempo tendría muy presentes las circunstancias concretas del caso, la situación subjetiva de los litigantes, el mérito que tenían cada uno para solicitar esa regla concreta, inclusive, como hemos dicho, abundar en la discrecionalidad considerando que la reducción de la misma hasta el punto de anclarse en las consabidas reglas generales, (“*improperly fettering discretion: exercise of discretion in each individual case and not by reference to an inflexible policy rule*”¹⁸⁵). Es curioso y sorprendente

¹⁸⁵ Esa reducción de la discrecionalidad supone que hay que coartar la propia libertad si existe algún conflicto de interés. Es decir, si hay alguna incompatibilidad, algún conflicto de interés, entonces el que tiene que decidir no puede utilizar su discrecionalidad, sino adoptar una actitud reglada frente al caso (o si es grave el conflicto, abstenerse). Pero, al mismo tiempo, si se es realmente libre para decidir

que los franceses aceptaran desde el principio, estas técnicas tan anglosajonas... ¡y en inglés!

Este argumentario fue intensificado tras los horrores de las guerras, primero de Crimea y la franco-prusiana que perdida totalmente por Francia entregando al final Alsacia y Lorena con la ciudad de Metz, acaba con su Segundo Imperio, proclamándose una República en la que los grandes comerciantes, apoyado por una clase intelectual que buscaba la paz, encontraba en el arbitraje una solución distinta a la tradicional en todos los ámbitos. Y en criterio común de los historiadores, indicar que aquí se encontraron las raíces de la I Guerra Mundial, dado el resentimiento que frente a Alemania (Prusia en realidad), generó esta completa derrota gala.

por no existir ese conflicto, entonces, la regla del *common law* es que quien decide (árbitro en este caso) no ha de someterse a un criterio previamente *establecido, por ejemplo en otros casos supuestamente análogos, sino que tiene que juzgar atendiendo a las circunstancias del caso concreto*, resolviendo el asunto con precisa atención a las situaciones, al entorno, al contexto específico, no vinculándose, como ocurre con los jueces, por el precedente (*stare decisis*). No cabe actuar “reduciendo su propia discrecionalidad sino ejerciéndola”; no se puede actuar “*fettering one’s discretion*” en un asunto, aplicando rígidamente las reglas generales, que a lo mejor fueron correctas en un asunto parecido o inclusive análogo, pero que en el caso concreto, suficientemente motivado, no casarían correctamente para resolver con buen juicio el nuevo caso que se le presenta al árbitro. No puede aceptar así que sea un “tercero” (un precedente, una regla general de política aceptada e inclusive recomendada) quien decida en ese caso: se trataría de que actuaría por delegación de aquellas decisiones o reglas y no bajo su propia responsabilidad (*delegatus, delegare non potest*, según entienden aplicable como justificación de esta regla del *common law*, que como es bien conocido, suele utilizar, paradójicamente, aforismos romanos, quizás porque el propio derecho romano en general era también un derecho de casos en gran medida). En definitiva, el árbitro puede conocer y tener en cuenta los antecedentes, pero a la hora de decidir, ha de justificar su decisión en una motivada y justificada valoración de las circunstancias concretas sin reducción de la discrecionalidad de juicio a la hora de decidir, sin anclarse a situaciones generales sin valoración de las circunstancias concretas. Es importante subrayarlo porque es parte de la explicación de la libertad de los árbitros al decidir. Esta tesis es la que permite que en el arbitraje, la decisión no esté sujeta a reglas *Prêt-à-porter* sino que sea un traje a la medida, el árbitro es un sastre no una fábrica. Y los precedentes, tómese nota, no le vinculan; podrá considerarlos, pero incluso para apartarse de ellos. La solución arbitral, por acusada diferencia con la judicial, no reconoce el precedente como fuente del derecho, y ésta es la razón y el origen de esa diferencia, que como vemos, hunde sus raíces en el *common law*. *Fettering of discretion* es pues en derecho inglés y proyectado sobre los países que en el mismo se inspiran, una forma de comprobación del ejercicio de la discrecionalidad administrativa, probablemente distinto de nuestro supuesto de inderogabilidad singular de normas.

Aquí, por el contrario, se entiende que la discrecionalidad está para ejercerla y que habrá que justificar razonadamente la forma de aplicarla. Y se estima ilegal que la autoridad que tiene la discrecionalidad la reduzca por aplicación de reglas más o menos generales (reglas, no leyes ni *statute* porque éstas sí vinculan ya que el árbitro no se puede tampoco saltar las leyes; la discrecionalidad “no da para tanto”). Esas reglas generales, circulares, directrices, programas, precedentes, solamente constituyen recomendaciones no vinculantes (*soft law*) y que como tales pueden servir inicialmente para adoptar un criterio, pero no de forma mecánica, sino, en su caso, apegado a las circunstancias que pueden exactamente reclamar que no se aplique ese *soft law*. Y también se considera ilegal reducir la discrecionalidad (*fetter of discretion*) no asumiendo personalmente el ejercicio del poder que se le otorgó discrecionalmente a esa autoridad; así, si ésta delega en un tercero y éste es quien realmente toma la decisión discrecional en lugar del titular (por ejemplo, el autor de una circular, de una directriz, de un programa...), entonces también se ha abdicado de la responsabilidad de ejercicio de esa discrecionalidad y el acto del delegado es nulo, porque no es ese tercero alejado de las circunstancias, quien debe entender de cómo aplicar discrecionalmente el caso, sino el genuino y verdadero titular designado, quien no puede abdicar ni eclipsar sus propios poderes.

Pero es verdad que el mundo del comercio y la industria apostaban por una paz económica. Por ello tenía un fuerte acento francés las búsquedas de soluciones alternativas a la utilización de todos los medios tradicionales de solución de conflictos, llegándose a generar una cultura previa a la instauración del arbitraje absolutamente favorable a su utilización general, en todos los campos, desde el Derecho público hasta el Derecho privado (siendo en este más fácil de implantar, desde luego, aunque en el ámbito internacional se apostaba ya por ambos).

Véase si no, la anónima pero extendida “Oda al arbitraje”, publicada en Melun en 1876:

*On verra tous les arts, tous les hommes renaître,
L'arbitrage fleurir, la guerre disparaître;
Le bien-être s'étendre, à l'ombre de la paix,
Et marcher, dans le monde, à de nouveaux progrès ;
Mais puisse le soleil, où brille ta puissance,
Dans son cours, ne rien voir de plus grand que la France!*¹⁸⁶

Insistentemente, en París, en 1914, en los albores de la I Guerra Mundial, se citan las Cámaras de Comercio de distintos países en un Congreso para ir tejiendo soluciones, siquiera en el ámbito internacional, que consolidaran el arbitraje.

Continuaba así la cultura jurídica francesa, situada en una encrucijada sobre el arbitraje, en el que las fuerzas tradicionales mantenían el viejo control acostumbrado sobre toda relación jurídica a través del monopolio estatal jurisdiccional, con ligeras concesiones a la transacción y al compromiso en el ámbito privado. Y al mismo tiempo, se percataban que una nueva manera de proceder en la resolución de conflictos de toda clase, apuntando inclusive a lo que su carácter pacificador tenía, implicaba una autonomía, una autodisposición sobre la formulación del proceso, desde la generación de las reglas para solventar el mismo, hasta la designación de quienes han de resolverlo, de conformidad con criterios precisos de experiencia, especialización y autonomía en su decisión. Nada será perfecto, pero al menos, existirá una forma más fría, lejana si se quiere, del propio conflicto, al designar a árbitros que solamente comparecerán en ese litigio y no tendrán un compromiso institucional sujeto a comprender necesariamente lo que para el Estado signifique la resolución del asunto. Un mayor alejamiento, pues.

A principios de los años cincuenta del pasado siglo, la ICC organiza las gestiones que culminarán en la Convención de Nueva York de 1958, y su secretariado, sito en París, continúa haciendo esfuerzos por convertir a la ciudad de la luz en el centro más activo de arbitraje¹⁸⁷. Francia, pues, se encuentra en alguna medida en relación con el

¹⁸⁶ J. Sgard, *The International Chamber of Commerce...cit.*, p. 5

¹⁸⁷ In March 2019, the ICC Court published preliminary statistics revealing that cases filed in 2017 involved 2,316 parties from a record 142 countries. The figures also showed that the 1,548 pending cases at the end of 2017 represented an average value in dispute of US\$ 137,325, 630 with newly-registered cases in 2017 representing an aggregate value in dispute of over US\$ 30.85 billion. Commenting on the statistics, ICC Court President Alexis Mourre said: “These figures confirm that due to

arbitraje entre Escila y Caribdis, ya que de un lado, apoyó a los “Mercantes o mercaderes de la paz” que fundan la ICC, y al mismo tiempo soportaba una tradición, algo debilitada últimamente por obra de la globalización, que rechaza el arbitraje y otras medidas alternativas más ligeras como la mediación (que ahora vemos, finalmente, aceptada, constituyendo a nuestro juicio una etapa primera de reconocimiento que puede constituir piedra en el camino para arribar finalmente al arbitraje también en el Derecho público). Al mismo tiempo es la capital del arbitraje comercial internacional, lo que casa bien, en definitiva, con una posición que en el país galo puede resumirse diciendo que mientras no se toque ni alcance al Estado y sus instituciones, bienvenida sea la *lex mercatorum* con sus jurisdicciones arbitrales, máxime si se residencia en París la controversia.¹⁸⁸

Ese apego a las circunstancias basándose en ese juego leal con la realidad, alejado de corsés rígidos estereotipados previos, permitía la apelación al sentido común, más allá de lo que una norma, heterónoma por definición, impusiera en cada momento.¹⁸⁹ Se buscaba apartarse de una jurisprudencia automática, mecánica, que formalizaba abstractamente una jurisprudencia que aplicaría en forma de silogismo alejado de las circunstancias del caso, algo que se consideró en el fondo, autoritario y alejado de una solución justa. Y ello tenía lugar gracias también al apoyo de la doctrina francesa, que coincide así con visiones pragmáticas más propias del derecho anglosajón, al menos según se nos viene afirmando, aunque supuestos como éste, modifican de raíz la percepción que tenemos sobre las posibilidades del derecho continental, siempre inspirado en el francés.

Y sin embargo, continuaban en vigor las prohibiciones entonces contenidas en el art. 2060 del Código Civil sobre el arbitraje en cualquier materia ateniende a los establecimientos públicos, y la propia tradición del Consejo de Estado que en aquellos momentos luchaba por su propia autonomía, se reflejaba en una enérgica posición de monopolio jurisdiccional que nunca admitiría que se consolidara un equivalente jurisdiccional suficiente.

Eso es exactamente lo que ahora ha cambiado. Y tras examinar la fuerte tradición legicentrista francesa, hay que reconocer que la decidida apuesta por los medios alternativos, supone reconocimiento de un cambio profundo y, ahora, esperemos acabe influyendo, como ha sido tradicional, también en nuestro derecho.

Veamos el contrapunto habitual al Derecho francés, el Derecho inglés, que aunque efectivamente no conoce un Derecho administrativo de tipo continental, siempre sirve de canon para comprobar la situación general comparada.

its unique quality and its signature quality control process of awards, ICC is by far the preferred institution for high-value, complex multi-party and multi-contracts disputes across the globe.

¹⁸⁸ Jérôme Sgard, *The International Chamber of Commerce, Multilateralism and the Invention of International Commercial Arbitration* SciencesPo Paris 2019. 1919, La Conférence de la Paix de Paris/ The Paris Peace Conference Paris & Versailles, 5–8 June 2019 (Draft Version. Academia). Consultado el 14 /07/2019.

¹⁸⁹ Sir Paul Vinogradoff, *Common sense in Law*, 3ª ed., Oxford, 1979.

2. Derecho británico

En Inglaterra, habitualmente se ha indicado que los tribunales de justicia fueron originariamente contrarios al arbitraje, por razones diferentes de las francesas, pero, al fin y al cabo, contrarios también.

En las recientes y bien conocidas *Roebuck Lecture* (en memoria del conocido historiador del arbitraje Professor Derek Roebuck, la de 2019 impartida como *speaker* el día 13 de junio por el Professor Stavros Brekoulakis (Queen Mary University of London; 3 Verulam Buildings), indica que en contra de la tesis tradicional que mantiene que los jueces y legisladores eran contrarios al arbitraje para proteger el monopolio judicial de la Corona, lo que en realidad sucedía en los siglos XVII y XVIII era más bien la de una posición favorable a la utilización de ese medio alternativo¹⁹⁰.

Fue el caso *Scott v Avery* (1855) 5 HL Cas 811, el que construyó el imaginario de que los jueces se oponían en el pasado al arbitraje. En ese caso, se determinaba que un contrato de seguro sobre el fletamento de un buque tendría que ser sometido a arbitraje como condición precedente a acudir a los tribunales (tales eran los términos en aquella época). Luego, evolucionó como sabemos, de acuerdo con el derecho internacional admitiéndose solo la anulación, no el recurso de “apelación” como sucedía en aquella época. Lo que dijo en aquél *dictum* el Juez, Justice Campbell in *Scott v Avery*, reza así:

“... where it is expressly, directly and unequivocally agreed upon between the parties that there shall be no right of action whatever till the arbitrators have decided, it is a bar to the action that there has been no such arbitration”.

Y los *English Reports* sintetizan:

“It is a principle of law that parties cannot by contract oust the courts of their jurisdiction; but any person may covenant that no right of action shall accrue till a third person has decided on any difference that may arise between himself and the other party to the covenant.”

E igualmente la doctrina: *Russell on Arbitration*, the authors wrote¹⁹¹:

“While parties cannot by contract oust the jurisdiction of the courts, they can agree that no right of action shall accrue in respect of any differences which may arise between them until such differences have been adjudicated upon by an arbitrator. Such a provision is often termed a *Scott v Avery* clause.”

¹⁹⁰ *Public-private arbitration and the public interest under English law*. Stavros Brekoulakis and Margaret Devaney. Brekoulakis, Stavros and Devaney, Margaret B., *Public-Private Arbitration and the Public Interest Under English Law* (November 11, 2016). *Modern Law Review*, Forthcoming; Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper No. 248/2016. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2868024>.

¹⁹¹ *Russell on Arbitration*, 1982. Francis Russell Anthony Walton Mary Vitoria QC. Sweet & Maxwell; 20th Revised edition (1 de diciembre de 1982).

Tal es la conclusión del conferenciante Brekoulakis, quien manifiesta que el rápido desarrollo del *common law* con la atribución a los jueces de todo el poder, no supuso que éstos fueran celosos de los árbitros, como habitualmente se indica. Fueron, en su opinión, los comerciantes del siglo XVII quienes se sintieron atraídos por la eficiencia y costes del arbitraje, especialmente en el sector de la construcción y en los seguros. El ponente, afirma que incluso el Gobierno y la propia Corona se sintieron subyugados por la posibilidad de encomendar la rápida solución de conflictos a paneles especializados de expertos.

El procedimiento arbitral en aquella época, incluía además de los hechos puros, el contexto general del sector o industria sujeta a arbitraje, siendo fuente útil de investigaciones económicas que demuestran además su sintonía con la sociedad inglesa de la época. Contextualizar el arbitraje servía además para mantener la paz social, ya que todos participaban de esa cultura común.

Existían dos tipos de arbitrajes: el establecido por las partes, que no era ejecutable por los árbitros sino voluntariamente por las partes y si éstas no lo realizaban, entonces existía un compromiso añadido al arbitraje por el cual ambas partes se sometían a un juez (algo que recuerda al derecho romano). Y además existía el arbitraje que directamente procedía de la remisión que el propio juez en el curso de un litigio, ordenaba, y que sí era ejecutable por ese juez, pero se trataba de una remisión completamente discrecional por parte del juez.

Existió una primera ley parlamentaria de arbitraje, la del propio Locke, (1698) “*for Promoting of Trade and for rending the Awards of Arbitrators the more effectual in all Cases*”.

A estos dos tipos de arbitrajes, se sumó con el tiempo un tercero luego con mayor número de árbitros de los que solían tener los acuerdos (*covenants*) que tradicionalmente fijaban en cada caso la composición de los tribunales arbitrales. Se trataba del arbitraje estatutario, ofreciéndose la posibilidad de incluir una cláusula general de arbitraje y otorgando poderes a los interesados para ejecutarla a través de la judicatura, logrando así una doble legitimidad, de un lado la propia de la libertad que se representaba en la autonomía de la voluntad y la otra, en fase de ejecución, donde los poderes eran los del soberano, puesto que el único que materialmente podría ordenar que se ejecutara era el Juez, representante ante el Derecho, de la propia Corona (*King's Bench Division*; Ley de 1854 y luego ley de irrevocabilidad del arbitraje de 1889). Existió con éxito relativo una *London Court of Arbitration*, pero que no tuvo suficiente apoyo de las firmas jurídicas. En 1950 los árbitros podrían dar medidas cautelares, en 1979, hace cuarenta años solo, los jueces no podrían revisar los laudos (solo anularlos) y en 1996, la ley de arbitraje ya sería completa y homologada internacionalmente¹⁹².

Vemos pues que existen procesos largos, complicados, y la ley de 1996, no contiene referencia alguna a sujetos públicos o de Derecho público. Claro que las categorías son distintas en la medida en que el derecho inglés no conoce un Derecho administrativo a la manera continental, ya que no existe jurisdicción contencioso-administrativa.

¹⁹² *Ibid.*

Pero notemos que, en principio, salvo lo indicado anteriormente en la historia, sobre que el Gobierno y la Corona acudieron al arbitraje, poco más puede añadirse. Y, claro está también, que la ley de arbitraje inglesa, como la española, inspirada en textos internacionales, se refiere fundamentalmente al arbitraje comercial, que se apoya en dicha ley y aplica en su caso la legislación correspondiente al fondo del asunto, mientras que el arbitraje sobre el Estado más común, el arbitraje de inversiones, se sustenta sobre el Tratado correspondiente, sea tratado bilateral o paraguas.

Los dos autores citados¹⁹³, concluyen que, en Derecho inglés, la falta de inclusión de los sujetos públicos en el arbitraje, es algo negativo y que en realidad hace que en no pocas ocasiones, el propio interés general, sufra. Aunque curiosamente, a lo que apuntan es más bien a incorporar cláusulas del tipo continental

*(“While English law applies a private law paradigm to public–private arbitrations, as Section V shows, other jurisdictions have recognised the distinct nature of public–private arbitration by, for example, imposing restrictions on the extent to which public bodies can be submitted to arbitration, requiring public–private arbitration awards to be subject to the principle of openness, and requiring public–private arbitration awards to be reviewed by the administrative courts when mandatory rules of public law are implicated... this can be attributed to the lack of a developed administrative law sphere in England and to the fact that English arbitration law has traditionally been embedded in private law and has developed as an exclusively private mode of dispute resolution. The second, and possibly more important, question is whether the existing private law paradigm on which English arbitration law is based can adequately protect the public interest in arbitrations involving public entities in England... This question is addressed in Section VII, which argues that the private law paradigm underlying English arbitration law leaves the public interest both unaccounted for, and unprotected, in respect of public–private arbitrations... This has meant that, although the public–private law distinction has been the subject of extensive literature in the area of investment treaty arbitration, the question of whether public–private arbitration should be viewed through a private law or a public law lens has not been sufficiently explored under domestic law and certainly not under English law”)*¹⁹⁴¹⁹⁵.

Se discute recientemente qué ha de entenderse por interés público dentro del juego combinado entre interés público privado a efectos de arbitraje¹⁹⁶. Y se recuerdan las tesis fundamentales sobre lo que sea tal interés público: o la tesis democrática del interés de la mayoría, o la tesis del interés común (que abarca a todos) o la tesis inclusiva o normativa, esto es, sígase la interpretación de la norma de conformidad con los parámetros habituales jurídicos incluyendo pues todo aquello que resulte de tal operación y silogismo, lo que supone incluir también el interés de las minorías si se

¹⁹³ S. Brekoulakis y M. Devaney, *cit, loc cit*.

¹⁹⁴ *Ibid.*, p. 4.

¹⁹⁵ *In the area of commercial arbitration, for example, it is now accepted that tribunals have authority to determine not only claims pertaining to the formation, interpretation and performance of commercial contracts, but also statutory claims that may have crucial social implications, such as competition law claims, tax claims or claims arising out of securities transactions.* L. Mistelis and S. Brekoulakis (eds), *Arbitrability: International and Comparative Perspectives* (Kluwer 2009).

¹⁹⁶ V. Held, *The public interest and individual interests* (Basic Books 1970).

integra técnicamente dentro del mismo ya que interés público debe ser el que según la norma tenga que ser con abstracción de posiciones ideológicas¹⁹⁷.

En todo caso, se llega a la conclusión de que:

*“Overall, public–private arbitrations can have far–reaching implications for the public interest and, in particular, may give rise to threats to fundamental public law norms, such as openness and accountability, and to tension between principles of public and private law”*¹⁹⁸.

Pero notemos que también tiene ventajas esa asimilación entre el arbitraje de un sujeto público y otro con un sujeto privado: a la hora de intentar anular un laudo sobre una entidad pública, en Inglaterra solo caben dos posibilidades, o bien falta de jurisdicción del tribunal arbitral o bien una “seria o severa irregularidad”. Nada más. (arts. 67 y 68 de la ley de arbitraje de 1996). Y este concepto no es error de hecho o de derechos, sino una grave situación en el tribunal arbitral: *“As noted by Akenhead J in a public–private arbitration involving Atkins Limited, a construction company appointed as managing agent and contractor in respect of the maintenance of the high-ways network in East Anglia, and the Secretary of State for Transport:*

*“Serious irregularity” within the meaning of Section 68 does not mean in itself an error of fact or law on the part of the arbitrator, perhaps on the basis that “to err is human”. It is important that the parties do not consciously or sub–consciously dress up challenges to the factual findings or legal reasoning or conclusions of an arbitrator as “serious irregularity”. Whilst such errors may well be present when there are other genuine serious irregularities subject to the Court’s intervention under Section 68, that is or may be coincidental.”*¹⁹⁹

Es decir, tiene que darse una severa infracción de las reglas del arbitraje, además interpretadas restrictivamente.

En teoría, cabe la apelación (art. 69 Ley de 1996) porque el asunto sea de importancia para el “interés general”, pero en la práctica las apelaciones tienen lugar en muy escasas ocasiones.

En definitiva, en Derecho inglés, el tratamiento de los arbitrajes en relaciones público –privadas, sigue el paradigma del arbitraje privado típicamente comercial. Sigue así la estela de los intérpretes (quizás equivocados) de Dicey: *“Droit administratif is, in its contents, utterly unlike any branch of modern English law”, wrote Dicey in 1885...*

“For the term droit administratif, English legal phraseology supplies no proper equivalent. ... In England and in countries which, like the United States, derive their civilization from English

¹⁹⁷ Neutral Citation Number: [2014] EWHC 4375 (TCC) Case No: HT-2014-00056 in the High Court of Justice. Queen’s Bench Division Technology and Construction Court. Before: Mr Justice Akenhead Between: *The Secretary of State for the Home Department / Raytheon Systems Ltd.*

¹⁹⁸ *Ibid.*

¹⁹⁹ *Atkins Ltd v The Secretary of State for Transport* [2013] EWHC 139 (TCC) at [25].

sources, the system of administrative law, and the very principles upon which it rests, are in truth unknown."²⁰⁰²⁰¹

3. Derecho norteamericano

En Norteamérica, fueron los autores de la escuela “realista” como el gran jurista de origen sefardí Benjamín Cardozo y los también reconocidos Jerome Frank y Felix Frankfurter. Y no deja de ser curioso, que desde la escuela “idealista” de Roscoe Pound (en severo conflicto con Frank), acabaran asimismo coincidiendo en la necesidad de impulsar el arbitraje hasta el punto de crear la AAA American Arbitration Association y lograr la primera ley norteamericana de Arbitraje. (1925 US Arbitration Act) que tuvo desde el principio el apoyo de la Cámara de Comercio de Nueva York, apoyándose en aquellas ideas ya desde antes de la I Guerra Mundial con el decidido auxilio de las grandes corporaciones industriales. El éxito de la AAA fue inmediato y extendido a lo largo de toda la Unión, superando así, al menos en el marco comercial e industrial, los viejos recelos que desde la judicatura y los poderes tradicionales se le venían haciendo. Al mismo tiempo, especialmente tras la Gran Depresión de 1929, la administración por las Cámaras de la institución arbitral, que llegó a su cenit con las políticas del *New Deal* del Presidente Franklin D. Roosevelt, quien adoptó una política intervencionista para aliviar a las capas desfavorecidas, pero que tuvo la contrapartida de reducir la competencia entre empresas apostando por un capitalismo corporativo tipo europeo. Y el arbitraje sufrió consecuentemente, muriendo de éxito quizás, la

²⁰⁰ *Law of The Constitution* (9th ed., Wade, 1939), Ch. XII deals –with droit administratif. Dicey, A. V. (1885). *Lectures Introductory to the Study of the Law of the Constitution* (1 edición). London: Macmillan. Consultado el 12 de julio de 2019 – via Internet Archive.; Dicey, A. V. (1915). *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (8 edición). London. Macmillan. Consultado el 12 de julio de 2019 – via Internet Archive. The 8th edition, 1915, is the last by Dicey himself. The final revised edition was the 10th, 1959, edited by E. C. S. Wade: Dicey, A. V. (1959). *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (10 edición). London: Macmillan. Vid. C. Sumner Lobingier “Administrative law and droit administratif a comparative study with an instructive model”. *University of Pennsylvania Law Review* August. 1942., quien deriva de la *Curia Regis* el núcleo de lo que sería el Derecho administrativo siglos después. En realidad había “administración y legislación” administrativa, pero no propiamente Derecho administrativo que está basado en el principio de división de poderes, mejor aún separación de poderes. Vid. Madden, *Political theory and Law in medieval Spain* (1930).

²⁰¹ Pero esta tesis parece que fue abandonada justo al final de su vida, quizás por influencia de Gastón Jéze, el gran autor junto con Duguit y Bonnard de la Escuela de Burdeos, con quien mantuvo gran amistad de la que surgió el reconocimiento de que su posición sobre el Derecho administrativo había cambiado. Vid. Dicey, *Law and opinion in England in the nineteen century* (2d ed., 1914) XXIX, XXXI; *The Development of Administrative Law in England*, (1915) 31 *Law. Quaraterly. Review.* 18 et seq. “In spite of Dicey’s undisputed eminence and learning, had it not been for this inconsiderable fragment ... demonstrating as it did, a remarkable ability to abandon, at the last moment, the ideas of a lifetime, it would have been difficult not to feel that in old, age he had lost that capacity for the careful observation of political institutions and legal phenomena which had’ made him the most distinguished writer on English Constitutional Law of his time”, Robson, *Justice and Administrtave Law* (1928) 31. “Dicey’s French friends, especially Professor Jéze proved to him that his ideas of French administrative law were obsolete and in his later editions he made a few modifications; but nothing less than the rewriting of at least one half of his book would have enabled him to make the distinction clear”, Jennings, *The Law and the Constitution* (1933), pp. 206–207.

crítica de que, asociado con las Cámaras auspiciadas por las grandes corporaciones mercantiles, beneficiaba exactamente a éstas, perjudicando en definitiva a las pequeñas industrias, al consumidor, al hombre de la calle y a los pequeños bufetes de abogados. Crítica que, en alguna medida, hoy continúa, afortunadamente atenuada por las cada vez más relevantes exigencias éticas que se establecen en el arbitraje.

Todo ello procede del clima postbélico según lo interpretó el Tratado de Versalles y sus consecuencias, una hijuela de las mismas, fue, resueltamente, la consolidación del arbitraje, interno, internacional, privado, público, dentro de un amplio esquema de transformaciones en lo que se pretendía un mundo más interconectado (y que afectó así a la propiedad intelectual e industrial)²⁰².

Hoy está plenamente consolidado y no hay cuestión sobre el tema. El arbitraje encuentra en Estados Unidos uno de sus más firmes aliados.

4. Recapitulación del estudio comparativo

Hemos examinado, pues, la evolución en algunos sistemas capitales en el desarrollo del arbitraje. Algo absolutamente necesario cuando se enfrenta el asunto del arbitraje administrativo, dado que, en éste, se modifican múltiples aspectos y vectores del arbitraje internacional, así, desde la cuestión de la voluntariedad, la recusación, la profesionalización de los árbitros, la distinción con conflictos extrajudiciales puramente administrativos, la intervención del árbitro en el propio asunto como Administración, la consideración del interés general dentro del propio arbitraje, en fin, prácticamente todos los aspectos que si no se reconducen a un elemento general (adelantamos que de la jurisprudencia constitucional aparecerá como único elemento la consideración de que el arbitraje es un “equivalente jurisdiccional”) no van a poder ser explicados.

Ello nos obliga, resueltamente, a realizar un esfuerzo notable, como venimos advirtiéndolo ya, que impone examinar la totalidad de la jurisprudencia constitucional, para ver si se encuentra algún elemento común que dé cuenta de la posibilidad de que la Administración arbitre, de que sea árbitro en sentido estricto.

Es cierto que, en una tesis más tradicional sobre el arbitraje, donde se puede dar por supuesto sin cuestiones ni problemas en qué consiste, no sería necesario este considerable esfuerzo. Pero aquí, o se hace o no hay forma de conocer si lo que efectivamente realiza la Administración, cuando por ley se le indica que “arbitre”, es propiamente un arbitraje digno de ser considerado como tal.

Procedemos pues a esta exposición detallada de la evolución legislativa y jurisprudencial del arbitraje tras la Constitución de 1978.

²⁰² J. M. Keynes, *Las consecuencias económicas de la paz*, Editorial Crítica. Grupo editorial Grijalbo Barcelona The Macmillan Press. Traducción castellana de J. Uña. Revisión de L. Argemí 1971. The Royal Economic Society, Londres 1987.

5. Posibilidades de la actual normativa española

La enseñanza que proporciona la evolución del arbitraje nos parece capital. Tras el estudio de esta evolución, la lección aprendida es el respeto de la autonomía del arbitraje comercial y base teórica del resto del arbitraje, *compositum* que obliga, lejos de mentalidades transpuestas de categorías dogmáticas, a una mezcla debida entre un ámbito material y otro procesal que hunde sus raíces en una historia de largo aliento.

Esa dualidad de justificación supone que el arbitraje tenga una naturaleza jurídica autónoma. Se justifica por sí mismo, conjugando tanto la teoría general de los contratos (contractual) como los elementos del proceso arbitral (procesal) como los efectos de cosa juzgada de los laudos (jurisdiccional) en su condición de “*equivalente jurisdiccional*”. El primero permite que nazca el proceso; el segundo, que se desarrolle y el tercero, que termine.

Pero ningún obstáculo ha aparecido seriamente para evitar que, si se desea, si así se quiere formular, el propio Estado, sus Administraciones, puedan asimismo acudir a esta técnica, tan dispar y uniforme, valga el oxímoron, permitiendo instrumentos de mucha mayor facilidad que la simple remisión a la jurisdicción²⁰³. Una interposición previa, especialmente en pleitos reiterados, acaso menores, que continuamente se presentan, además de descargar a la justicia administrativa, permitirá una solución más cercana al administrado, que no es otra cosa que el ciudadano cuando se relaciona con la Administración²⁰⁴.

²⁰³ El Club Español de Arbitraje se ha ocupado de elaborar un documento titulado “Hacia el reconocimiento del arbitraje en el Derecho público”, mediante una Comisión integrada por José Fernando Merino, Juan Carlos Calvo, Jesús Remón, Juan Serrada y Antonio Hierro en la que abogan por la inexistencia de obstáculos para el reconocimiento del arbitraje en Derecho público.

²⁰⁴ J.F. Merino Merchán. “La lucha contra las prerrogativas estatales en el arbitraje comercial internacional”, *Arbitraje*, Y así sucesivamente, existen continuas novedades y aportaciones sobre la permanente evolución del arbitraje, siendo ejemplos de ellos la novedosa Corte de Arbitraje sobre Arte, en Holanda, donde por ejemplo no se permite la insaculación de peritos, sino que son designados directamente por la Corte, quien tampoco permite que exista libertad de propuesta de árbitros, a la que también luego hacemos alguna referencia. O los problemas instaurados por la financiación por terceros del arbitraje (Boston College Law School Digital Commons @ Boston College Law School. Boston College Law School Faculty Papers. 4–23–2018 *The Case Against Third-Party Funding in ISDS: Executive Summary* Frank J. Garcia. Boston College Law School, garciafr@bc.edu Hyun Ju Cho Boston College Law School, hyun.cho.4@bc.edu Tara Santosuosso Boston College Law School, tara.santosuosso@bc.edu Randall Scarlett Boston College Law School, randall.scarlett@bc.edu Rachel Denae Thrasher. *Global Development Policy Center, Boston University Pardee School of Global Studies*, racheldenae@gmail.com) en una posición solamente crítica con el tema de la financiación externa. Sobre este mismo tema, en una posición menos simple y más compleja, viendo pros y contras, *vid.* ICCA–Queen Mary Task Force on Third-Party Funding In International Arbitration 1 de septiembre 2017, coordinados por Stavros Brekoulakis William W. (Rusty) Park Catherine A. Rogers así como la nota *Arbitration, Investment Arbitration, ISDS, Third party funding Access to Justice: Rebalancing the Third-Party Funding Equilibrium in Investment Treaty Arbitration* Ylli Dautaj (Institute of Law, Nirma University) and Bruno Gustafsson (Roschier, Attorneys Ltd.)/November 18, 2017. Son tantos otros asuntos que continuamente se ponen de frente a esta antigua institución, que tiene la virtud de renovarse continuamente que realmente puede afirmarse que como en la obra de Pirandello, *Sei personaggi in cerca d'autore* que absurdamente continúa y continuará el esfuerzo por aprehender algo que

Sí ha quedado claro que el arbitraje puede responder a diversas formas, no solamente meros matices, sino que existe una diversidad de soluciones que responden a la idea genérica de solución extrajudicial de controversias. Siendo ésta la única regla común, su fundamental denominador común, cabe explorar muy diferentes alternativas que incorporen a las Administraciones Públicas.

Será necesario superar una última comprobación, formada por esa *Living Constitution*, por usar el término norteamericano, que supone la jurisprudencia constitucional, aplicación cotidiana del texto supremo al orden jurídico común de todos los días. Y ahí es donde hay que entender si existe o no posibilidades de construir, amén de describir lo que ya existe, una posibilidad de arbitraje para el Estado. Y para el Estado tanto como sometido al arbitraje como en su papel arbitral en relaciones entre particulares, amén de una reflexión sobre la incidencia que puede tener en el ámbito de las organizaciones dependientes de las Administraciones Públicas.

Corresponde examinar la posición del Tribunal Constitucional tras haber estudiado la evolución y reiterar estas afirmaciones. Quizás, tras haber aportado, como otro eje de coordenadas, notas de derecho comparado, que permitan, con la brevedad que requiere el caso, examinar el *status quaestionis* para tener alguna perspectiva suficiente en que situar nuestro sistema. En su momento también, lo que atañe a un aspecto muy concreto, como es la contratación, será examinado en concreto desde su comparación con el Derecho francés.

continuamente se escapa en sus múltiples variedades y formas de la idea preconcebida que tenemos sobre la institución.

IV. El largo camino hacia la implantación del arbitraje administrativo

1. Planteamiento dogmático

Los cultivadores tradicionales del Derecho administrativo se encuentran alejados todavía de lo que el arbitraje supone²⁰⁵. Si bien, hay que apresurarse a indicar, que bastantes autores están trabajando para lograr la incorporación de esta técnica dentro del Derecho administrativo. Se cuenta con, excelentes excepciones que animan a pensar que este es un tema en progresión dentro de la cultura administrativista²⁰⁶. Para la doctrina más tradicional y establecida, éste es un ámbito que les resulta extraño, y entienden que ambas culturas –administrativa y arbitral– responden a lógicas distintas y separadas. Con excepciones, claro, pero con una tónica general que parte de reducir el ámbito del Derecho administrativo (y por tanto la contratación del sector público) a una lógica cuyo contraste debería hacerse primordialmente ante la jurisdicción contencioso-administrativa²⁰⁷.

²⁰⁵ J.F. Merino Merchán y J.M. Chillón Medina, *Tratado de Derecho arbitral*, op. cit., quienes muestran la posición general de la doctrina poco favorecedora de la técnica arbitral cuando de la Administración Pública se trata.

²⁰⁶ R. Bustillo Bolado, *Convenios y contratos administrativos: Transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento*, 3ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2013; F. Delgado Piqueras, *La terminación convencional del procedimiento administrativo*, Cizur Menor, Aranzadi, 1995; A. Dorrego de Carlos, “El Arbitraje en los Contratos Públicos”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 29, 2013; J. Esteve Pardo, *Autoregulación: génesis y efectos*, Cizur Menor, Aranzadi, 2002; M. García Pérez, *Arbitraje y Derecho administrativo*, Cizur Menor, Aranzadi, 2011; S. González –Varas Ibáñez. “La irrupción de las negociaciones y el Derecho administrativo: transacciones, convenios y arbitraje”, *Revista de Estudios de la Vida Local y Autonómica*, nºs 286–287, 2001; I. Granado Hijelmo, “El arbitraje y el Derecho administrativo”, *Revista Jurídica de Navarra*, nº 39, 2005; A. Huergo Lora, *La resolución extrajudicial de conflictos en el Derecho administrativo: la transacción, el arbitraje y la reforma de los recursos administrativos*, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 2000; D. Loperena Rota, *La transacción en la nueva ley de la jurisdicción contencioso administrativa*, Oñati : Instituto Vasco de la Administración Pública = Herri Arduralaritzaren Euskal Erakundea, 2000; F. López Menudo, “Arbitraje y Derecho Público”, *Justicia Administrativa*, nº 2, 1999; B. Lozano Cutanda. “El nuevo ‘arbitraje’ entre la Administración y sus entes instrumentales”, *Diario La Ley*, nº 7715–7716, 2011; J.F. Merino Merchán, *El “equivalente jurisdiccional” “en el Derecho público español*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002; L. Parejo Alfonso, “Algunas reflexiones sobre el ‘arbitraje administrativo’. A propósito de la adecuación al nuevo procedimiento administrativo común del ordenamiento de la Comunidad de Madrid”, *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, nº 1, 1999; A. Pérez Moreno, “El arbitraje administrativo”, *Administración de Andalucía. Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 43, 2001; R. Rivero Ortega, “Repensando el Estado de Derecho. El arbitraje administrativo como alternativa al colapso de la jurisdicción”, *El Derecho administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D Ramón Martín Mateo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2000; J. Rosa Moreno, *El arbitraje administrativo*, Madrid, McGraw– Hill, 1998; J. Tornos Mas, “Medios complementarios a la resolución jurisdiccional de los conflictos administrativos”, *Revista de Administración Pública*, nº 136, 1995; id., “El arbitraje en el Derecho administrativo. Posibilidad de esta figura”, *Tribunal Arbitral de Barcelona*, nº 6, 1995; id., “Medios alternativos de resolución de conflictos en el Derecho administrativo”, *Tribunal Arbitral de Barcelona*, vol. nº 14, 2017; J.M. Trayter Jiménez, “El arbitraje de Derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública*, nº 143, 1997.

²⁰⁷ J.F. Merino Merchán y J.M. Chillón Medina, *Tratado de Derecho arbitral*, op. cit.

Ello llega hasta el punto que todas las definiciones conocidas del Derecho administrativo parten, con habitualidad, de construirlo sobre la Administración Pública y su *status*, con olvido, prácticamente completo, de la vertiente internacional del Estado, donde el arbitraje internacional es moneda común y corriente —no sólo en el arbitraje de inversión, donde el Estado comparece para ser arbitrado en términos de *pars condictio* con los sujetos privados, sino también en el arbitraje comercial donde empresas estatales participan abiertamente—.

Y es que construir todo el Derecho administrativo sobre su vertiente interna tiene inconvenientes serios a la hora de situar exactamente el papel de las instituciones de derecho público. Baste pensar que instituciones clásicas del Derecho administrativo, tales como la expropiación y su indemnización, la responsabilidad patrimonial, las expectativas legítimas o confianza legítima, el enjuiciamiento de las propias Leyes, y así tantas y tantas instituciones, reciben nueva luz y color cuando son examinadas desde una perspectiva integral y global, en la que la Administración Pública, centro de gravedad permanente del poder relacional del Estado con los administrados, cambia de situación. Se resitúa. Y con ella, nada menos que todo el Estado.

Así, para un administrativista *enragé*, tiene toda lógica que, si se cuestiona la conducta de la Administración Pública, vía revisión de oficio, con la consecuente declaración de nulidad de un acto administrativo —la adjudicación de un contrato en nuestro caso— de inmediato reaccione en cadena toda la línea de nulidades que ha de acompañar a aquella nulidad primera como fichas de dominó. Sin embargo, uno de los dogmas del arbitraje es la separabilidad e independencia del convenio arbitral; de manera que aunque un contrato se declare nulo, no arrastra la nulidad del convenio arbitral. De ahí la importancia de la doctrina aperturista al arbitraje dentro del Derecho administrativo cuyos autores, citados, son pioneros en un campo inexplorado y no roturado por el Derecho público.

Y es que entienden los más dogmáticos administrativistas que la relación entre contratos del sector público y arbitraje se sitúa en las antípodas, cuyo germen procede, hay que recordarlo, del Real Decreto de Bravo Murillo de 1852, el cual decía:

“Por el Ministerio de Hacienda se ha comunicado a este Gobierno de provincia con fecha 15 del actual la Real orden siguiente: Por la Presidencia del Consejo de Ministros se dice: este Ministerio con fecha 27 de febrero último lo siguiente:

Excmo. Sr.: La Reina (Q. D. G.) se ha servido expedir el Real decreto que sigue. —Tomando en consideración lo que de acuerdo con el Consejo de Ministros me ha propuesto el Presidente, vengo en decretar lo siguiente:... De Real orden lo comunico á V. E. para su inteligencia y efectos correspondientes. Dios guarde á V. E. muchos años. Madrid 27 febrero 1852. —Juan Bravo Murillo. —Sr. Ministro de Hacienda. (Nótese de paso como entre promulgación y publicación existía un trecho temporal muy amplio a determinar en cada caso según la Provincia a la que alcanzaba la Orden).

“Art. 12. Ningún contrato celebrado con la Administración podrá someterse a juicio arbitral, resolviéndose cuantas cuestiones puedan suscitarse sobre su cumplimiento, inteligencia, rescisión y efectos por la vía contencioso-administrativa que señalan las leyes vigentes”²⁰⁸.

²⁰⁸ *Gaceta de Madrid*, 2.10.1852

Y por otro lado, es innegable que la utilización del arbitraje en el sector público es una *striking exception* al curso natural de desenvolvimiento de las relaciones jurídicas en su contratación. Al menos hasta ahora. Excepción que en la tesis que se propugna por nuestra parte, coincidiendo con los autores citados, debería dejar paso a una situación mucho más normalizada en la que el arbitraje fuese una posibilidad real de resolver las controversias²⁰⁹.

En realidad, nunca fue bien digerida la fórmula arbitral (salvo por la doctrina más avanzada) – entonces contemplada en el art. 50 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y por la que se actualiza con la Ley de Economía Sostenible 2/2011 de 4 de marzo, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público–.

Recordemos, que este precepto indicaba:

“Art. 50. *Arbitraje*. Los entes, organismos y entidades del sector público que no tengan el carácter de Administraciones Públicas podrán remitir a un arbitraje, conforme a las disposiciones de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, la solución de las diferencias que puedan surgir sobre los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos que celebren” (reproduce lo que decía el art. 39 de la citada Ley de 2007).

Este artículo, que indicaba al menos que ciertos entes del entramado público podían someterse a arbitraje, ha desaparecido en la reciente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 febrero 2014.

Esta normativa solo menciona el arbitraje cuando se refiere a la contratación extranjera²¹⁰. Indica así el precepto:

“*Disposición adicional primera. Contratación en el extranjero* (...) 3. En los contratos con empresas extranjeras se procurará la incorporación de cláusulas de sumisión a los Tribunales españoles para resolver las discrepancias que puedan surgir. Cuando no sea posible, se procurará la incorporación de cláusulas de arbitraje. En estos contratos se podrá transigir previa autorización del Consejo de Ministros o del órgano competente de las Comunidades Autónomas y entidades locales.”

²⁰⁹ En general, con criterio aperturista suelen mostrarse los especialistas en contratación pública. Así J.M. Gimeno Feliú, en su notable y continuada obra sobre contratos. *Vid* por todos, y por citar solamente uno de sus últimos trabajos, J.M. Gimeno Feliú, “La nueva Ley de Contratos del Sector Público: hacia un modelo de contratación pública transparente”, *Contratación administrativa práctica. Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, nº 153, 2018, pp. 34–3. Asimismo dirige el Observatorio de los Contratos Públicos donde el lector encontrará valiosas aportaciones. Igualmente, J.A. Moreno Molina de quien asimismo nos limitamos a citar, dado el volumen igualmente notable de sus trabajos sobre contratación pública, el último de ellos que hemos tenido ocasión de examinar, “La aprobación de la LCSP 2017: un balance preliminar”, *Contratación administrativa práctica. Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, nº 153, 2018, pp. 6–8, pequeña introducción a una obra realmente voluminosa.

²¹⁰ Toda la convulsa evolución de la contratación civil y administrativa se debe al cambio continuo del legislador comunitario, como ya puso de relieve hace tiempo, J.C. Fernández Rozas. “El lento camino hacia la europeización del Derecho de los contratos”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. 45–46, 2009 (Ejemplar dedicado a: Cursos 2004/2005–2005/2006), pp. 257–285.

Así, vemos que en la contratación con empresas extranjeras el legislador es perfectamente consciente de la necesidad de incorporar cláusulas arbitrales dado que otorga una mayor fiabilidad a la empresa extranjera que contrate con una administración pública²¹¹.

Este cambio normativo ofrece varias interpretaciones. La que aquí defendemos es que la supresión del artículo supone la aceptación plena del arbitraje incluso cuando se refiere a las Administraciones Públicas. Así, la anterior normativa hacía hincapié en que solo los entes (y otros organismos) públicos distintos de las Administraciones Públicas –que tuvieran la condición de poderes adjudicadores– podían someterse a arbitraje. Negando, pues, que las Administraciones Públicas pudieran. La anterior normativa contenía, entonces, una prohibición a que las Administraciones Públicas se sometieran a arbitraje; prohibición que ahora cabe interpretar que no existe con esta nueva normativa que aceptaría con naturalidad la posibilidad de que el arbitraje se expanda a las Administraciones Públicas.

2. Apertura excepcional de la jurisprudencial

A) El art. 41 de la Ley de Patrimonio del Estado y concordantes de su Reglamento y la Sentencia *Rumasa*

Este art. 41 fue objeto de una conocida Sentencia que tuvo lugar con ocasión de la expropiación por Real Decreto–Ley del grupo Rumasa²¹², en concreto, Hispano–Alemana de Construcciones que había pasado, según el Abogado del Estado, a formar parte de las sociedades públicas estatales y por tanto aunque existía una cláusula previa de compromiso arbitral, el representante de la Administración entendía que desde la entrada en vigor del Decreto–Ley (que fue el mismo día de su publicación) no cabía someter a arbitraje ninguna cuestión referida a esta empresa ni a ninguna de aquél grupo.

Observemos, también, que es la Sala de lo Civil (no la de lo Contencioso–Administrativo), la que da una solución favorable al arbitraje sobre una empresa que, *ope legis* había pasado a ser empresa pública. Y, además, en un arbitraje de equidad, lo que resulta una joya de orfebrería arbitral en materia de Derecho público. Esta solución correcta, tenía su apoyo tanto en normas de Derecho transitorio como en un juego de remisiones legislativas muy apropiadamente utilizadas. En efecto, admite que *pro futuro* se aplique en su integridad la Ley de Patrimonio del Estado, con inclusión de su art. 41 que, como hemos visto, exige nada menos que una ley singular de autorización para comprometer en arbitraje.

Por otro lado, dado que esa compañía, Hispano–Alemana de Construcciones, era una mera empresa privada hasta el momento de la expropiación legislativa, la Sentencia

²¹¹ Á. Soriano Hinojosa, “La inmunidad de jurisdicción y el arbitraje administrativo internacional”, *Arbitraje*, vol. IX, nº 1, 2016, pp. 97–174

²¹² Real Decreto–ley 2/1983, de 23 de febrero, de expropiación, por razones de utilidad pública e interés social, de los Bancos y otras Sociedades que componen el grupo “Rumasa, S. A.”

hace un excelente juego normativo, utilizando como fulcro el art. 106 de la misma Ley de Patrimonio del Estado para admitir el sometimiento a arbitraje.

Así, a través de diferentes remisiones²¹³ y con una decidida aplicación de las normas de reenvío, permite incluso con esa penuria de materiales normativos alcanzar el propósito de distinguir entre lo que es el *iure gestio* y el *iure imperii* y lograr así, de manera semejante a como hacen otros cualificados jueces comparados, que el Estado se circunscriba para lo que efectivamente es: una institución de soberanía, pero sin utilizar su inmunidad al modo de las viejas regalías.

B) Rechazo del “efecto directo” administrativo: Sentencia TSJ Baleares nº 3/2012 de 1 de octubre de 2012: sentencia *Rodaro*

Otro importante ejemplo, en el que se dan cita todos los argumentos en pro y en contra de la sujeción a arbitraje de las Administraciones Públicas, es el resuelto en la Sentencia Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares nº 3/2012 de 1 de octubre de 2012. Es un supuesto muy interesante en que se mezcla resueltamente una supuesta cuestión de orden público y un contrato civil de suministro, con un cierto “efecto reflejo” administrativo, totalmente rechazado por la Sentencia. Nótese de nuevo cómo la jurisdicción civil es mucho más proclive, al igual que en Francia, al mantenimiento del arbitraje frente a la invocación de potestades exorbitantes o sobre el propio “orden público” como límite al poder de disposición sobre el que se puede llegar a dictaminar y resolver un árbitro.

La sociedad Rodaro, S.L., había suscrito, el 9 de enero de 1981, con la sociedad Inversiones Llevant, S.A., un contrato de suministro de agua de un pozo perteneciente a esta última. En dicho contrato se encontraba una cláusula de sometimiento a arbitraje de equidad. A su vez, Rodaro tenía suscrito con el Ayuntamiento de Felanitx un contrato a través del cual Rodaro se comprometía a suministrar agua en el municipio. El contrato suscrito entre Rodaro e Inversiones implicaba el pago de un precio por m³ de agua extraído del pozo. Ante los incumplimientos de pago de Rodaro, la sociedad Inversiones interpuso una demanda arbitral que fue debidamente contestada por Rodaro, que concluyó en un laudo que resolvía el contrato de suministro entre Inversiones y Rodaro y condenaba a éste a abonar las cantidades impagadas.

²¹³ A través del art. 91 de la Ley de Entidades Estatales Autónomas de 26 de diciembre de 1958, se realiza una apertura genérica al compromiso arbitral por la vía del citado artículo, que indicaba:

“Las Sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación, directa o indirecta, de la Administración del Estado o de sus Organismos autónomos y demás Entidades estatales de Derecho público se regirán por las normas de derecho mercantil, civil y laboral, salvo lo establecido en este Título y disposiciones especiales aplicables a las mismas”. E, inteligentemente, asimismo, como norma de refuerzo, se refería la Sentencia a lo establecido, entonces, por la Ley General Presupuestaria de 4 de enero de 1977, cuando indicaba: “Artículo seis. Uno. Son sociedades estatales a los efectos de esta Ley: a) las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación del Estado o de sus Organismos autónomos, y b) las Entidades de Derecho público con personalidad jurídica que por Ley hayan de ajustar sus actividades al ordenamiento jurídico privado. Dos. Las Sociedades estatales se regirán por las normas de Derecho mercantil, civil o laboral, salvo en las materias en las que les sea de aplicación la presente Ley”.

Rodaro interpuso acción de anulación del laudo arbitral sobre la base de (a) que el árbitro resolvió materias no susceptibles de ser sometidas a arbitraje, toda vez que los servicios suministrados por Rodaro están protegidos por el interés general y (b) que el laudo era nulo por ser contrario al orden público, al vulnerar el principio de seguridad jurídica establecido en el art. 9.3º CE, además, ejercer un servicio público impropio que provoca que los usuarios del Municipio puedan quedarse sin un servicio tan esencial como el agua potable; por lo que el laudo había invadido una competencia municipal²¹⁴.

Inversiones se opuso a las citadas alegaciones, señalando que el Ayuntamiento de Felanitx no había formado parte del proceso y que el árbitro había resuelto un contrato privado sin que existiera ni se hubiera discutido contrato público alguno. Asimismo, argumentó que durante el proceso arbitral, Rodaro no discutió la validez de la cláusula compromisoria, habiendo escogido libremente acudir a un procedimiento arbitral en lugar de al orden contencioso-administrativo.

Finalmente, el TSJ desestimó la acción de impugnación, precisamente por entender que al tratarse de un contrato privado era una materia susceptible de ser sometida a arbitraje de conformidad con el art. 2.1º LA y que los contratos que tuviera Rodaro suscritos con terceros, aunque fuera la Administración, no habían sido objeto del procedimiento ni podían discutirse en la fase de anulación; por lo que tampoco podía entenderse vulnerado el orden público.

Esta Sentencia limita de forma adecuada el concepto de orden público interno y la manera en la que éste se puede articular. Pero siendo esa postura más o menos clara tras un análisis del objeto arbitrado, esta Sentencia incide en que el demandado nunca puso en duda la validez del procedimiento arbitral hasta que el laudo le resultó desfavorable. No podemos estar más de acuerdo con dicha afirmación. En efecto, no es de recibo que un particular e incluso un Estado, acuda libremente a un procedimiento arbitral y espere a conocer la decisión del tribunal arbitral para acometer la anulación del laudo por motivos que podía conocer previamente. En este sentido, el art. 6 LA²¹⁵, establece la necesidad de denunciar la infracción de algún motivo de impugnación en cuanto éste sea conocido por las partes, so pena de renuncia tácita de la impugnación. Más difícil se antoja la aplicación estricta de este artículo en el ámbito internacional cuando una de las partes impugnantes pueda ser el Estado o las Administraciones Públicas.

3. Doctrina del Consejo de Estado en supuestos concretos en aplicación directa de la Ley General Presupuestaria y de la Ley de Patrimonio del Estado

Finalmente hay que hacer referencia general a los supuestos concretos en aplicación directa de la Ley General Presupuestaria y de la Ley de Patrimonio del Estado, como leyes que siguieron la estela del Real Decreto de 24 de octubre de 1849, la legislación

²¹⁴ Es decir, por los motivos e) y f) expuestos en el art. 41 LA

²¹⁵ Art. 6. *Renuncia tácita a las facultades de impugnación*: “Si una parte, conociendo la infracción de alguna norma dispositiva de esta ley o de algún requisito del convenio arbitral, no la denunciare dentro del plazo previsto para ello o, en su defecto, tan pronto como le sea posible, se considerará que renuncia a las facultades de impugnación previstas en esta ley.”

de contabilidad y hacienda de 1850, la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública, de 1 de julio de 1911 y otras normas sobre contratación posteriores.

En esencia se arriba en todas ellas a la posibilidad de que el Estado acepte transacciones y compromisos, con la consecuente cláusula arbitral, mediante Acuerdo en forma de Decreto del Consejo de Ministros previo Dictamen del Pleno del Consejo de Estado (en caso de urgencia puede dictaminar la Comisión permanente).

No son muchas las Sentencias y la razón es que, habiendo intervenido previamente el Consejo de Estado, las partes han de tener sumo cuidado y prudencia en aventurarse en un pleito en contra de su opinión. Lo cual provoca un efecto disuasorio muy importante.

Citemos algunos dictámenes que pueden ofrecer idea de la situación que puede plantearse.

i) El Dictamen nº 3496/1998 (Comunidad de Madrid). Es un supuesto en que el Consejo de Estado actúa resolviendo por cuanto una Autonomía decide no crear o suprimir su Consejo Consultivo (esto último es lo que realmente sucedió), y corresponde al órgano central evacuar las consultas. En este supuesto, la CAM, pide que se le informe sobre la Ordenación de Actividades FERIALES, asunto que el Consejo entiende que, al establecerse un arbitraje, puede afectar no solo a un ámbito inter privados, sino que bien puede acontecer que aparezcan sujetos de Derecho público que tengan que solicitarlo. Y aquí apela al art. 107.2º de la Ley de Procedimiento, que ya conocemos (versión Ley 30/1992). Con cierta impavidez, que a nuestro juicio exigiría mayor explicación, afirma el Consejo que

“No se trata de un arbitraje pactado, sino obligatorio, como es el caso de otros supuestos del llamado arbitraje administrativo, por lo cual su remisión a la Ley de 5 de diciembre de 1988 no puede ser global, como aparece en el art. 46 de la Ley, sino selectiva, teniendo la citada ley un carácter más complementario, especialmente en el campo del procedimiento, que supletorio, según prevé el preámbulo de la misma Ley. Debe especificarse, además, la naturaleza de equidad del arbitraje, como parece corresponder a la composición del órgano arbitral, prevista en el art. 48, y a las materias de su competencia, y especificarse en el art. 50.5 que la remisión a la ley de 5 de diciembre de 1988 se refiere también a la impugnación del laudo, a efectos de evitar una tacha de inconstitucionalidad por exclusión de la tutela judicial efectiva que prevé el art. 24 de nuestra Norma Fundamental. Esta consideración tiene carácter esencial.”

Para el Consejo, cabe que, en el Reglamento de Ordenación Ferial de Madrid, quepa el arbitraje obligatorio, que sea de equidad, que la Ley de Arbitraje complemente lo aquí dispuesto y, finalmente, que se trate de un laudo propiamente tal e impugnabile en su forma.

Realmente, tenemos que confirmar nuestra posición inicial de que los supuestos del art. 107.2 entonces, ahora 112.2 de la Ley 39/2015, ocupan una posición tan singular que claman porque se acabe formulando una Ley especial al efecto de carácter general.

ii) Dictamen 1553/1998 (Administraciones públicas). Este Dictamen sobre recurso de inconstitucionalidad de una Ley Canaria, 16/07/1998, sobre el sistema eléctrico

canario. Y se preveía en dicha norma “Al regular los derechos y deberes de los titulares de instalaciones de las redes de transmisión, el art. 13, en el párrafo b), dispone que dichos titulares deberán permitir el uso de sus instalaciones por todos los sujetos autorizados en condiciones no discriminatorias, de acuerdo a las normas técnicas que rigen el transporte. Cuando en la aplicación de esta obligación no se produzcan los acuerdos pertinentes, los interesados podrán acudir en solicitud de mediación a la Administración de la Comunidad Autónoma. En caso de no alcanzarse acuerdo, el Gobierno de Canarias, a propuesta de la Consejería competente en materia de industria, podrá desarrollar un procedimiento de arbitraje entre las partes en conflicto y emitir, en su caso, una norma de obligado cumplimiento para ellas, sin perjuicio de las sanciones que procedieran.”

En esta ocasión el Consejo se plantea en realidad solo un tema de competencias, y entendiendo que es del Estado, mantiene la inconstitucionalidad. El fondo del asunto, de nuevo, en nuestra opinión, vuelve a plantear si es necesaria una ley sobre este tipo de arbitrajes de la Administración Pública.

iii) El Dictamen 480/1998 (Medio ambiente) 26/03/1998. Es uno de los supuestos poco habituales en que el Consejo formula una negativa a una transacción.

Se trata del “Proyecto de Convenio transaccional con las Comunidades de Regantes del Río Carrión”, en el que se pretendía, tras años de sequía y de impago de los cánones y tarifas, y para ello, la Confederación Hidrográfica del Duero condonaría la mitad de la deuda de algún ejercicio, de aplazar diez años el cobro y no utilizar la vía ejecutiva para el cobro.

La deuda era tributaria, – una figura híbrida entre la tasa y la contribución especial – y además unos regantes se beneficiaban, pero no todos los de la cuenca.

Por otro lado, la relación jurídica entre la Administración y los regantes no era incierta, ya que no se trata de una mera discusión entre partes Sentencia de 3 de mayo de 1958 sino incertidumbre objetiva sobre el contenido de la relación jurídica. Y aquí se sabe que hay que pagar y el importe de la deuda.

Tampoco hay recíprocas concesiones *aliquid datum*, *aliquid retentum* ya que la única que cede es la Administración.

Por ello es concluyente el Consejo: Que no procede aprobar el proyecto de convenio de transacción sometido a consulta.

iv) Dictamen 3511/2001 (Economía) 17/01/2002. Se trata de emitir Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley Financiera”. Y ahí existió en las versiones iniciales una suerte de arbitraje previo a la vía judicial que atendiese las reclamaciones de los clientes de las entidades de crédito y de los mercados de valores. Y tuvo enérgica contestación por parte del Banco de España y de la CNMV.

Preveía que la Banca y demás Entidades Financieras tuvieran que establecer el defensor del cliente con carácter obligatorio, lo que plantearía problemas inclusive de legitimación, por lo que se rechazó.

v) Dictamen 1984/1999 (Economía y Hacienda) *International Institute for Girls in Spain*, Fundación Ortega y Gasset, Administración del Estado. El presente Dictamen tiene importancia doble. De un lado es una muestra de la aplicación de las ideas de transacción y de otro lado, es una de las raras ocasiones, tal vez la primera, en que el Estado, en medio de un contencioso administrativo, procede un Tribunal, el Tribunal Supremo en este caso, a paralizar el curso de un proceso, ya en fase de ejecución, y permitir una transacción sobre ello.

Baste recordar que una institución norteamericana, de 1892, *International Institute for Girls in Spain*, Massachusetts, que adquieren en 1902 el edificio de la calle Fortuny 53 de Madrid, sede de la actual Fundación Ortega y Gasset (hoy Ortega y Marañón). Por Orden del Ministerio de Instrucción Pública y Bellas Artes de 11 de julio de 1924 se autorizó la compra al Instituto Internacional para Señoritas en España de la casa palacio u hotel situado en la calle Fortuny, número 53, de Madrid. El precio de venta se fijó en 250.000 pesetas, el cual, según la propia Orden, constituía un precio «muy reducido y ventajoso para el Estado, pues se trata de un inmueble cuyo valor puede calcularse en más de un millón de pesetas», siempre que se destinara a instrucción de “señoritas”, incluido en el contrato como cláusula de rescisión o resolución (no queda claro) un adelantado del feminismo, pues.

Tras enormes avatares, con varios juicios contenciosos que enfrentan a la Dirección General de Patrimonio con las recurrentes, dictadas Sentencias y en fase de ejecución, la Administración propone transacción. Y se logra, mediante el Real Decreto 1335/1999, de 31 de julio, por el que se aprueba un convenio transaccional entre el Estado español y el Instituto Internacional en España (sustituto del de señoritas).

No insistiremos, pese a la atracción que supone un caso como el indicado, porque se trata de una transacción que no utilizó el arbitraje.

V. Nuevas vías de gestión de las relaciones entre administrado y administración que intentan superar el obsoleto sistema de justicia tradicional

1. Arbitraje administrativo sobre las Administraciones Públicas

Tras comprobar las dificultades inherentes a la posibilidad de aplicación de los ADR a las Administraciones Públicas y que han conducido a la doctrina a plantearse, con prudencia y realismo, la aplicación de la mediación como técnica más próxima a la eventual aplicación de tales instrumentos a las Administraciones Públicas, hemos de volver a repasar las condiciones y exigencias de aplicación de tales soluciones alternativas a esta imponente *Potentior Personae* planteando un paso más allá para arribar resueltamente al arbitraje, que centra nuestra atención.

Se enmarca esta aproximación al instituto arbitral, dentro de las nuevas vías de gestión de las relaciones entre administrado y administración que intentan superar el obsoleto sistema de justicia tradicional que parte de la vía ejecutiva en que se centra la autotutela administrativa, que tanto en fase declarativa como ejecutiva.

Puesto en marcha el acto administrativo producto de la declaración de voluntad (o de juicio o deseo o conocimiento) de la Administración, el mismo va a continuar impávido, arrollando a su paso lo que se le oponga enfrente por el administrado que, normalmente, tendrá que esperar al juicio posterior para intentar obtener en el mejor de los casos una anulación de ese acto. Anulación que en no pocas ocasiones consistirá en retornar al punto de partida consiguiendo que la Administración tenga que repensar su actuación y lamentablemente, en no pocas ocasiones, se comprueba que vuelve a las andadas repitiendo insistentemente lo mismo que en su momento fue anulado.

Esta añeja forma de resolver el conflicto, con timidez, ha querido dar paso a nuevas aproximaciones en las relaciones entre administrado y Administración. Y se han traducido en convenios, pactos y acuerdos, transacciones, terminaciones convencionales, y últimamente en mediaciones que de prosperar permitirían una solución más cercana, en la que la Administración tendría un acercamiento más *pro cives*, en definitiva, más democrático.

Es en este contexto donde surgen los intentos de lograr que la institución arbitral consiga superar los recelos de la administración para con el arbitraje. Si se logra algún día, podría hablarse con propiedad de una “nueva justicia administrativa”, que superaría el corsé habitual que la rigidez del contencioso tradicional impone. Amén de los tiempos enormes que de forma ineluctable acompañan al contencioso y que implican tales retrasos en su resolución mientras la realidad continúa operando, que hacen en no pocas ocasiones que la Sentencia final sea inútil. Hay cientos de ejemplos de Sentencias contencioso-administrativas que acaban siendo “de imposible ejecución”, por lo que, con una naturalidad chocante, el art. 105.2 de la Ley de la Jurisdicción contencioso administrativa prevé con asombrosa anticipación qué hacer cuando la Sentencia no se va a ejecutar.

Lo anterior no supone una excepción como demuestra la cantidad notable de Sentencias y comentarios doctrinales sobre la inexecución. Y es que el acto administrativo, al estar dotado de fuerza ejecutiva, tiene una ejecutoria imparable que lleva directamente a esta situación. Es una muestra del poder administrativo, de que las relaciones con el administrado son de “plano inclinado” ya que no existe nivelación en el campo de juego. Toda la autotutela, tanto en la fase declarativa manifestando que el acto administrativo se presume válido, como en la fase ejecutiva, mostrando su fuerza ejecutoria que impone frente a cualquier posible resistencia del administrado, lleva a que el remedio judicial sea, en medida no desdeñable, un elemento de tardía y a veces poco efectiva reparación. Precisamente esa presunción de validez y eficacia del acto administrativo, manifestación de la autotutela que en el derecho continental – ciertamente con grados de intensidad distintos– permite a la Administración actuar de forma unilateral en ejercicio de un monopolio de poder administrativo, donde se sitúa la alternativa que esta “nueva justicia administrativa” representa. El arbitraje puede ayudar a equilibrar fuerzas.

Las fórmulas convencionales de terminación, los convenios, la mediación, conciliación y arbitraje, se sitúan pues, como alternativas reales a la tradicional visión “vertical” del acto administrativo.

Se trata pues de incorporar una visión diferente, otra opción, en la que el ciudadano supere al mero administrado y en un ejercicio procedimental y procesal, proceda a nivelar el campo de juego, que se pretende así que sea más “horizontal”. Una Justicia donde se pueda debatir si efectivamente es real que la Administración cumple de forma orgánica y no personal muchas veces con los parámetros legales y donde también se pueda discutir si en efecto detrás de su actuación rige en solitario el interés general o éste va interpretado y acompañado por otros intereses internos del aparato administrativo.

En fin, una Justicia que atienda de manera exigente a la racionalidad impuesta en toda norma y su aplicación, evitando lugares comunes, prejuicios y examinando con frialdad los derechos en juego, no de forma partisana en la que se dé por supuesto que allá donde actúa la gestión pública se acompaña de forma indefectible por el interés general. Al final, se trata de apurar la justificación y motivación de la actuación, la exigencia de transparencia en su orden aplicativo, el control por los fines también de la actuación administrativa, sin acompañar toda esa actuación de una prejuiciada consideración de que se actúa por el interés general y con ello basta para acallar cualquier crítica o protesta a dicha actividad.

Con este bagaje procedemos a examinar al supuesto más claro de aplicación de la institución arbitral y sus técnicas, a las Administraciones.

El ejemplo más evidente y conocido es el de la contratación. Notemos que irónicamente la prohibición inicial de arbitrar en relación con las Administraciones se dio a mediados del siglo XIX *precisamente* en este ámbito. Y sin embargo, ha sido el que más ha evolucionado, dentro de las dificultades enormes de aplicación del arbitraje al sector público, quizás porque la existencia abundante de contratos privados de la propia Administración, permitía iniciar esta interesante evolución. Pero se ha visto truncada en la reciente transposición de las Directivas de 2014 por obra de la legislación interna de 2017, acaso por influencia a su vez de lo que está suponiendo para el Estado su

sometimiento al arbitraje internacional, ligado íntimamente a las cuestiones derivadas de la introducción de energías alternativas. Como sabemos, adelantando ideas, el Estado español ha perdido, parcialmente, varios arbitrajes, algo que no ha sido bien digerido por las instituciones.

Cabrían otros supuestos en los que el interés general que necesariamente comporta la gestión administrativa se puede traducir en disposición razonable sobre la materia. Ilustra bien de esta posibilidad la propia posibilidad que tienen los Letrados de las Administraciones de dirigirse al órgano directivo para proponer una transacción, o un allanamiento. Si bien, sabemos que es una opción, hasta ahora, poco practicada, quizás porque las rutinas e inercias empujan en la tradicional dirección.

En esta dinámica de litigación, con posteriores recursos en cascada, sería difícil apostar por la alternativa que el arbitraje supone. Y sin embargo hoy es un clamor que las cosas tienen que cambiar, rectificándose seriamente, en el contencioso administrativo, que pese a la formidable formación de los jueces, sigue anclado en una posición decimonónica, de la que apenas ha logrado comenzar a zafarse en Francia, estando lejos todavía en España de conseguirse.

Ahí el arbitraje ofrecería soluciones plausibles y prácticas, por ende fiables. Hay campos enteros, como el quantum de la reclamación patrimonial de origen extracontractual, que bien merecería que se abundara en esa línea.

Se han dado, como ya sabemos, algunos pasos en la dirección correcta, vía mediación, como instancia anunciadora de una cierta iniciación de cambio hacia instrumentos más ágiles y flexibles que el plúmbeo contencioso. Pero como haremos balance, la situación es francamente lamentable, con retrasos enormes, una velocidad “geológica” en resolver los asuntos, y una aproximación demasiado burocrática por la judicatura, sin aceptar llanamente que son un verdadero poder, dentro del Estado de Derecho.

Veamos con ello, lo que cabe indicar sobre la aplicación del instituto arbitral a la contratación en el sector público.

2. Incidencia de un procedimiento arbitral ante la Jurisdicción Contencioso–Administrativa

Conviene comentar dos procedimientos por la incidencia que el arbitraje puede tener en un procedimiento sustanciado ante la jurisdicción contencioso–administrativa.

i) El primero de ellos, resuelto por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 24 de octubre de 2018²¹⁶, trata nada menos la incidencia que tiene un arbitraje de inversiones interpuesto contra el Reino de España por parte de una sociedad vinculada la recurrente. El 11 de marzo de 2014 la Dirección General de Energía y Minas denegó un proyecto de explotación frente a unas determinadas concesiones

²¹⁶ JUR\2019\28300.

mineras (nada menos que una mina de oro a cielo abierto) porque la actora no había acreditado su solvencia como se exigía por la Administración. La sociedad Minería de Corcoesto, S.L.U. recurrió la resolución. Los recurridos argumentaron, por su parte, la carencia sobrevenida de objeto por caducidad de los derechos de explotación minera y, subsidiariamente, la desestimación del recurso por falta de acreditación de la solvencia. Respecto a la caducidad, la recurrente alega que su matriz (Edgewater) había interpuesto un arbitraje contra el Reino de España ante la Corte Permanente de Arbitraje (CASO PCA no. 2016–26) y que dicho órgano era el competente para resolver si habían caducado los derechos de explotación minera o no. El TSJ de Galicia, en cambio, tras analizar los argumentos de la recurrente lo desestima porque considera que la resolución sobre caducidad no es de competencia del tribunal arbitral porque las partes no lo convinieron y que, en consecuencia, el resultado de ese arbitraje no repercute de ninguna forma en la resolución administrativa que declara la caducidad de los derechos de explotación minera. El TSJ consideró que no cabía acoger la carencia sobrevenida de objeto porque precisamente el arbitraje no repercute en la caducidad y el recurrente no ha vistas satisfechas sus pretensiones al margen del proceso judicial. Finalmente, respecto a la cuestión de fondo, el TSJ consideró que Minería de Corcoesto, S.L.U no había acreditado suficientemente la solvencia requerida y que le precluyó el trámite para hacerlo, desestimando, a su vez, los otros manidos argumentos empleados por la recurrente como la infracción del principio de confianza legítima—máxime cuando la legislación estatal y autonómica establecía con claridad la exigencia de este requisito—.

ii) El segundo supuesto, resuelto mediante Sentencia de 8 noviembre 2018 de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso–Administrativo, Sección 1ª)²¹⁷ trata el recurso interpuesto por una compañía de telecomunicaciones frente a la sanción de 50.000 euros impuesta por la AEPD²¹⁸. La razón de la sanción reside en la denuncia interpuesta por un consumidor porque la compañía telefónica le había incluido (indebidamente) en un fichero de morosos a pesar de que el consumidor había presentado una solicitud de arbitraje ante la Junta Arbitral de Consumo en la que discutía la realidad de la deuda. El resultado de ese arbitraje se saldó con un laudo que estimó parcialmente las pretensiones del consumidor y obligaba a la compañía a darle de baja en cualquier fichero de morosos en el que hubiera incluido al consumidor. La AEPD concluyó que los datos del denunciante se incluyeron en ficheros de morosos a pesar de mediar una solicitud de arbitraje anterior. La compañía telefónica alegó que el arbitraje versaba solo sobre una concreta línea telefónica y no sobre aquella que había motivado la inclusión en el fichero de morosos. Lo que se discutía, en esencia, es si pese a tener conocimiento, tal entidad de telefonía actora, de la interposición de una reclamación por el deudor–afectado, ante la Junta Arbitral de Consumo de Andalucía, por no estar de acuerdo con determinadas cantidades y conceptos facturados por Orange, es lícito y conforme a Derecho incluir los datos personales de tal afectado en el fichero de solvencia patrimonial y crédito. Máxime, como alegaba la compañía telefónica, cuando el procedimiento de arbitraje se refería a una concreta línea telefónica

²¹⁷ JUR\2019\48563.

²¹⁸ Acrónimo de Agencia Española de Protección de Datos

y no a las otras dos líneas de teléfono cuyas deudas motivaron la inscripción del deudor en el fichero de morosos. El Laudo, sin embargo, resolvía sobre todas las líneas de teléfono del consumidor/deudor. Razón que motivó la desestimación del recurso de la compañía telefónica y la confirmación de la sanción de 50.000 euros.

Como vemos, son muchas y variadas las repercusiones que un arbitraje puede tener sobre el proceso contencioso-administrativo, siendo estos dos ejemplos unas meras notas que muestran la aceptación del arbitraje por parte de los Jueces de lo contencioso-administrativo –si bien, existe aún un gran desconocimiento sobre el arbitraje de inversiones como demuestra el primer ejemplo al desconocer que no es necesario un convenio arbitral para acudir a un arbitraje de inversiones y exigir un convenio arbitral que no era necesario al existir un APPRI–.

3. Materias disponibles e indisponibles en el arbitraje administrativo

A) Materias susceptibles de arbitraje

Como venimos diciendo, a pesar del reconocimiento genérico del arbitraje, existe una serie amplia de barreras normativas fundada en una malentendida tradición que, sumada a los enormes privilegios de las administraciones, hacen que éstas tengan poco deseo de someterse a un fuero distinto del contencioso nacional. Pero insistamos en que efectivamente existe desde hace tiempo esa posible utilización del arbitraje, porque este *equivalente jurisdiccional* permite satisfacer la tutela judicial efectiva. Entonces, si hay delegación legal, como hemos visto hacen diversas leyes, es evidente que el propio legislador, que también interpreta y ejecuta la Constitución, ha admitido plenamente su aceptación. Es el Parlamento el que ha querido, siguiendo una tradición legal de escasa aplicación, que el Estado pueda someterse a arbitraje, por lo que no habría obstáculo constitucional para impedir su aplicación.

Es en realidad la inercia y comodidad de la Administración, en los diferentes países que hemos observado, la que ha impedido el despegue del arbitraje frente a las Administraciones Públicas. Es esta razón práctica, desde luego nada desdeñable para el poder público, la que ha impedido que se practique el arbitraje, y también, que no salga adelante una Ley de Arbitraje Internacional de las Administraciones Públicas.

No todas las materias que afecten al Derecho público pueden ser sometidas a un arbitraje. De forma sintética, se pueden apreciar ciertos lugares comunes a todas ellas, respondiendo al carácter de *materias disponibles* para el arbitraje en Derecho administrativo las siguientes²¹⁹: a) materias en las que la Administración actúa sujeta al Derecho privado; b) actividad convencional de la Administración o cuando ésta contrata con un tercero; c) litigios que versen sobre reclamación de cantidad (expropiación forzosa, responsabilidad administrativa, etc.); d) ámbitos propios para el desarrollo de la

²¹⁹ V. Escartín Escudé, “El arbitraje y otros medios alternativos de resolución de conflictos en el Derecho administrativo”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n^{os} 39–40, Zaragoza, 2012, pp. 101–163.

discrecionalidad administrativa; e) cuestiones relativas al patrimonio de las Administraciones Públicas –bienes patrimoniales, no demaniales–; y f) materias objeto de negociación colectiva en el ámbito del empleo público.

En cambio, *resultarían indisponibles* para la institución arbitral en el Derecho administrativo: a) los conflictos en los que existe una pluralidad indeterminada de interesados; b) los litigios derivados del ejercicio de la acción pública o en aquellas materias en las que ésta se halle prevista; c) los litigios derivados del ejercicio de potestades públicas regladas de ejercicio unilateral; d) los conflictos competenciales de carácter interadministrativo; y e) la impugnación directa de reglamentos. Esta lista, elaborada por Escartín Escudé, ofrece variantes cuando se enfrenta al Derecho internacional y únicamente sería válida para el ámbito interno. Así, la potestad reglamentaria puede ser objeto de un arbitraje internacional y también cabría arbitraje cuando así lo hubiera previsto una norma de habilitación. Debería incluirse una cláusula abierta que permitiera, además, someterse a arbitraje aquellas actividades convencionales de la Administración Públicas las que puedan quedar sometidas a arbitraje.

A estos efectos, recordemos que el arbitraje administrativo fue debatido en una encendida sesión del Congreso de 12 de septiembre de 2001 en la que el Ministro Posada Moreno, entonces Ministro de Administraciones Públicas, respondió al diputado Contreras Linares a la pregunta ¿en qué plazo de tiempo tiene previsto el Ministerio de Administraciones Públicas presentar el proyecto de ley sobre arbitraje administrativo?:

“Dentro de la prudencia con la que hay que hablar de plazos, porque el anteproyecto debe ser aprobado por el Consejo de Ministros y enviado al Congreso, las previsiones que tengo ahora mismo son las de que podamos enviarlo al Congreso antes de que concluya el presente período de sesiones.

Como S.S. ha dicho –y creo que con mucha razón–, este es un proyecto importante, o por lo menos así se lo parece al Ministerio y al ministro de Administraciones Públicas. Se trata del arbitraje, una figura inédita en el Derecho administrativo español, que plantea una novedad muy importante: que la Administración pueda dejar de ser juez y parte en los procesos que dirimen controversias entre los ciudadanos y la Administración pública. Es una gran innovación que el ciudadano pueda elegir un camino que culmine en el arbitraje por un árbitro imparcial, al que la Administración se somete obligatoriamente y el ciudadano voluntariamente, porque siempre tiene la posibilidad de seguir el trámite del recurso de alzada, reposición y contencioso–administrativo. Esto agilizará mucho el funcionamiento de lo contencioso–administrativo e, indudablemente, facilitará a los ciudadanos una resolución rápida de los conflictos.

Tiene problemas, eso es indudable. Estamos trabajando con el Ministerio de Justicia y con el Ministerio de Hacienda porque hay que hacer algunas modificaciones de nuestro sistema jurídico ya que, como he dicho, se trata de una modalidad nueva; no obstante, creo que es muy aceptable. Espero que en este período de sesiones pueda estar aquí este proyecto –insisto, y con esto termino–, que tendrá grandes ventajas para el ciudadano”.²²⁰

En el art. 3 del Borrador Anteproyecto de Ley de 21 de diciembre de 2001²²¹ se recogía una lista cerrada de materias:

²²⁰ [http://www.congreso.es/portal/p.e/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=pw7&FMT=PUWTXDTS.fmt&DOCS=1-1&QUERY=%28CDP200109120101.CODI.%29#\(P.ina4924\)](http://www.congreso.es/portal/p.e/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=pw7&FMT=PUWTXDTS.fmt&DOCS=1-1&QUERY=%28CDP200109120101.CODI.%29#(P.ina4924))

²²¹ C. I. Ballesteros Panizo, *El arbitraje de Derecho público*, 1ed. Editorial Aranzadi, S.A.U., Navarra, 2017, p. 144

1. Únicamente podrán someterse a arbitraje la solución de conflictos administrativos que se susciten en relación con:

La ejecución e interpretación de los contratos de las Administraciones Públicas sometidos al texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000 de 16 de junio.

La aplicación de los convenios celebrados entre las Administraciones Públicas y personas privadas, físicas o jurídicas, excluidos del ámbito de aplicación del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000 de 16 de junio, de conformidad con su art. 3.

La determinación de la cuantía de las indemnizaciones derivadas de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

La determinación del justiprecio en los casos de expropiación forzosa y de los intereses de demora por retraso en la determinación y pago del mismo.

Cualquier actuación que ponga fin a un procedimiento administrativo que, conforme a su normativa reguladora, pueda finalizar mediante un convenio con los interesados en las condiciones previstas en el art. 88 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, con independencia de que se produzca o no la terminación convencional.”

Pero hemos seguir, tras este breve *excursus*, analizando las dificultades del proceso de consolidación del arbitraje, para así tener cabal idea de lo compleja que es la tarea de construir una legislación como la que proponemos, complejidad que se acentúa cuando concierne al Derecho internacional.

Desde el punto de vista de los contratos suscritos por el Estado u otros organismos públicos, cabe detenerse en la situación en que se haya suscrito un contrato que afecte a las precitadas materias. F. González de Cossío afirma²²², “mientras que en los contratos civiles las partes pueden pactar todo lo que esté permitido, en los contratos administrativos las partes pueden pactar sólo lo que esté permitido”; posición que no es del todo real porque nada impide en determinados casos, como ocurre en la LCSP tras la supresión del arbitraje, someter a arbitraje determinadas materias. Además, como hemos hecho referencia con anterioridad, en los sistemas de *common law*, el término “contratos” abarcaría ambas materias. No cabe duda de que los contratos en los que una de las partes es el Estado u otro organismo público, entra en juego el interés general en lugar del interés particular que prima en los contratos privados, por lo que no puede resultar extraño las reservas existentes en cuanto a la posibilidad de someter a arbitraje las controversias que puedan suscitarse con un inversionista extranjero, de la misma forma que el inversionista extranjero no quiere dejar que la decisión sea resuelta ante la jurisdicción local.

De esta forma, encontramos que el art. 24 LOPJ²²³ establece un foro exorbitante mediante el cual quedan sometidos a la jurisdicción contencioso-administrativa española las disposiciones de carácter general, los actos de las Administraciones Públicas españolas y los Poderes Públicos españoles. Sin embargo, al gozar los tratados

²²² F. González de Cossío, “Arbitraje y contratación...”, *loc. cit.*, pp. 125 y ss.

²²³ 24 LOPJ: En el orden contencioso-administrativo será competente, en todo caso, la jurisdicción española cuando la pretensión que se deduzca se refiera a disposiciones de carácter general o a actos de las Administraciones Públicas españolas. Asimismo conocerá de las que se deduzcan en relación con actos de los Poderes Públicos españoles, de acuerdo con lo que dispongan las leyes.

internacionales de una prevalencia a la LOPJ, no cabe duda de que si éstos constriñen al Estado a acudir a un arbitraje internacional, éste no podrá invocar disposiciones internas para alterar ese compromiso internacional (art. 94.1 e) CE).

En cambio, los supuestos de sometimiento a arbitraje mediante una cláusula incorporada a un contrato suscrito por un ente público con uno privado, pueden suscitar mayores problemas por la posible falta de reconocimiento y ejecución en el Estado suscriptor de forma posterior a la rendición del laudo. En Derecho comparado, tenemos casos ilustres en los que una vez dictado el laudo de condena millonaria al organismo público, éste ha hecho valer *ex post* la acción de anulación. Así, en el asunto *COMMISA c. PEMEX*²²⁴, por el que se había rescindido un contrato de obra pública en el que existía una cláusula arbitral, se condenó a PEMEX al abono de 300 millones de dólares por dicha rescisión unilateral, que finalmente fue anulado ante la jurisdicción contenciosa mejicana por resolver sobre materias no arbitrables (actos de autoridad) y ser contrario al orden público (norma imperativa de Derecho público). En realidad, más que cuestionar los fundamentos y del laudo, se discute la validez del convenio arbitral por el que las partes decidieron someterse a arbitraje²²⁵. Este tipo de resoluciones proteccionistas tristemente abundan en el panorama internacional, lo que provoca incredulidad en el sistema (nótese la posición de la Comisión Europea en los arbitrajes de inversión o la de España en la ejecución de los laudos con motivo de los arbitrajes en renovables). Así, en este caso, COMMISA acaba con un laudo muy favorable que simplemente le sirve para enmarcar y guardar en un cajón. Es más, finalmente la pérdida de COMMISA debido a los costes legales del arbitraje y de las acciones de anulación surgidas en México no tuvieron siquiera restitución. Ciertamente, analizando este tipo de resoluciones, cabe pensar sino sería útil tener una resolución previa de un órgano jurisdiccional que declarase la validez del convenio arbitral para evitar que se dictara un laudo y posteriormente no se reconociera, con los perjuicios añadidos que acarrea al vencedor.

Los contratos formalizados por la Administración no pueden ser considerados de orden público *per se*, máxime cuando afecten a la esfera privada de las relaciones comerciales con los particulares. Son, en todo caso, las actuaciones previas²²⁶ a la elección del contrato lo que pueden constituir actos de *iure imperii*. Estos actos sólo podrán quedar sujetos al arbitraje si unilateralmente la Administración incorpora un convenio arbitral que goce de la habilitación o autorización legal pertinente.

²²⁴ *Corporación Mexicana de Mantenimiento Integral, S. de R.L. de C.V. c. Pemex Exploración y Producción*, caso CCI nº 13.613.

²²⁵ H. Wöss, “El Orden público, Derecho público, cosa juzgada e inarbitrabilidad den contratos públicos en México (la anulación del laudo del Caso ICC 13613/CCO/JRF)”, *Spain Arbitration Review*, nº 14, 2013, p.3.

²²⁶ Los actos separables serían las actuaciones previas como la composición de la Mesa o formalidades del procedimiento, que no son actos arbitrables.

B) Acción del orden público

Cuando es directamente el Estado el que resulta sometido a arbitraje (no ya las entidades públicas industriales y comerciales), aparecen ciertos límites que debe ponderar el árbitro, debido a la aparición en escena del interés general²²⁷.

Conviene destacar que el árbitro designado directamente o por una institución, ha de ser experto, comprender bien las instituciones del Derecho internacional y del Derecho administrativo, su jurisprudencia y doctrina, ya que de otra forma, se plantearían inmediatos conflictos de legalidad administrativa que aparejarían el descrédito de la institución arbitral y del arbitraje administrativo internacional. Y como bien señala José Carlos Fernández Rozas²²⁸: “esta modalidad del proceso arbitral debe descansar, además, en el principio de transparencia e incluso el de publicidad, pues tratándose de temas que involucran el manejo de fondos o recursos públicos, la privacidad o la reserva propia del arbitraje privado, resultan, por lo menos, discutibles”.

El orden público carece de una definición legal que facilite la correcta comprensión de su significado. Su regulación en el art. 41 f) de la LA suscitó cierta inquietud desde su promulgación, dada la imprecisión del término, que se vio paliada por la extensa jurisprudencia que delimitó el concepto de orden público²²⁹. Así, la regulación de “orden público” a efectos internos viene contenida en numerosas normas civiles o penales, habitualmente acompañadas de la *ley*, la *moral* o similar –sin perjuicio de la transgresión del concepto de orden público por parte del TSJ de Madrid–. En lo que concierne al ámbito internacional, la aplicación de ley extranjera será posible en el ámbito interno siempre que no contraría el orden público²³⁰.

A pesar de no contar con una definición originaria de orden público debido a la dificultad de concretar este concepto, nos aventuramos a definir este causal de anulación como: el control del laudo ante la posible vulneración de las normas morales más elementales y los Derechos y Libertades fundamentales. De esta forma, se puede superar la tradicional dicotomía académica dedicada a separar el orden público *in procedendo* del orden público *in iudicando*. En el caso de España, desde luego, nos referimos a aquellos Derechos y Libertades fundamentales recogidos en la CE; sin embargo,

²²⁷ Aunque la mayor parte de esas cuestiones corresponden al fondo de la diferencia, el Tribunal está consciente de esa situación y toma debida nota de ella. En esta fase sólo es pertinente concluir, como se hizo en el caso CMS Gas Transmisión Company c. República Argentina (“CMS”)1, que la función del Tribunal no es estudiar medidas de política económica general ni decidir si éstas son correctas o incorrectas. Su único deber consiste en examinar oportunamente “si medidas específicas que afectan la inversión del Demandante, o medidas generales de política económica que tienen una relación directa con esa inversión, han sido adoptadas en contravención a los compromisos jurídicamente obligatorios adquiridos con el inversionista mediante los tratados, la legislación o los contratos”.

²²⁸ J.C. Fernández Rozas, “Internacionalismo...”, *loc. cit.*, p. 50.

²²⁹ J.F. Merino Merchán y J.C. Chillón Medina, *Tratado de Derecho Arbitral*, 4.ed., Thomson–Reuters Civitas, Navarra, 2014, p.765.

²³⁰ J. D. González Campos y J. C. Fernández Rozas, “Orden público como correctivo funcional: art. 12, apartado 3 del código civil”, en M. Albaladejo y S. Díaz Alabart (Coords.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Edersa, Jaén, 1995, pp. 826–894.

evitamos referirnos a ellos en este momento, porque será el Derecho interno de cada Estado el que deba recoger los Derechos y Libertades fundamentales en el cuerpo normativo que entiendan conveniente y que no tendrá por qué coincidir con la norma suprema.

Existen al menos tres nociones de orden público²³¹: (i) el orden público interno; (ii) el orden público internacional; y (iii) el orden público transnacional²³². El primero de ellos dependerá de la regulación de cada Estado. Estarán compuestos por todas aquellas normas de orden público, imperativas o de policía reguladas internamente, y su capacidad de provocar la anulación de un laudo arbitral internacional será escasa²³³; el segundo, por su parte, se refiere a conceptos de orden público interno que afectan al Derecho internacional²³⁴. Por tanto, comprenden los Derechos y Libertades fundamentales de los ciudadanos²³⁵ y, a pesar de formar parte del ámbito interno de los Estados, su aplicación es mucho más restrictiva por su capacidad anulatoria; por último, respecto al orden público transnacional o universal, se refiere a supranormas éticas relacionadas con el comercio internacional²³⁶ y que deben ser respetadas por los árbitros en todo caso aunque fueran contrarias a la *lex contractus*. Estas normas comprenderían asuntos tan variopintos como el Derecho de la competencia, la corrupción, bienes del patrimonio histórico²³⁷ o el tráfico de drogas²³⁸ y que se entenderían como *international public policy*. Este último concepto queda envuelto en una cierta nebulosa al no estar aceptado por toda la doctrina, habiendo sido institucionalizado a través de diferentes decisiones internacionales. Sin embargo, no siempre resulta fácil dilucidar qué normas conformen el *international public policy* como quedó reflejado en el asunto *Hilmarton*²³⁹.

²³¹ Á. Soriano Hinojosa, “La inmunidad del Estado...” *op. cit.* p. 136, como hemos explicado, al ser un trabajo que sirvió de base para la elaboración de la tesis y publicado por la originalidad temporal en la que se produjo, algunas partes de dicho trabajo se encuentran presentes en la tesis, si bien debidamente actualizadas.

²³² M. Gonzalo Quiroga, *Las normas Imperativas y el orden público en el arbitraje internacional*, tesis doctoral presentada en la UCM bajo la dirección del prof. Dr., J. C. Fernández Rozas, p. 104.

²³³ Caso CCI nº 1939 de 1971. Nota de J. F. Merino Merchán en “*La Lucha contra las...*”, *loc. cit.*, p. 21.

²³⁴ En el asunto *Parsons & Whittemore Overseas Co. Inc. c. Société Générale de l’Industrie du Papier*, se declaró que en EE.UU. el orden público internacional era aquél que afectaba a las nociones más básicas de moralidad y justicia del Estado, *vid.* en G. Jiménez Blanco, “el orden público como excepción al reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros”, *Spain Arbitration Review*, nº 8, 2010, p. 86. Estas nociones no tienen por qué coincidir con la de otros países.

²³⁵ C. I. Cordero Álvarez, *La protección del Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen en el tráfico privado internacional*, tesis doctoral presentada en la UCM bajo la dirección del prof. Dr., P. A. De Miguel Asensio, p. 179

²³⁶ M. Gonzalo Quiroga, *Las normas imperativas...*, *op. cit.*, p. 130.

²³⁷ *ibíd.*, p. 143.

²³⁸ J. C. Rivera, “el orden público en el arbitraje”, *Revista latinoamericana de Derecho*, nº 9/10, 2008, p. 274.

²³⁹ *Hilmarton Ltd. c. Omnium de traitement et de valorisation (OTV)*, se inició con el laudo CCI 5622/1988, en el que el árbitro único decidió que el contrato era nulo por vulnerar la prohibición de intermediación dispuesta en la ley argelina que afectaba al orden público argelino. El laudo se anuló en Suiza debido a que la intermediación estaba permitida conforme a la ley suiza pactada por las partes, y además no suponía una violación de *international public policy*.

El orden público se ha confundido en varias ocasiones con otros causales de anulación del laudo como que la materia no fuera arbitrable²⁴⁰, como acabamos de indicar, o con haber resuelto cuestiones no sometidas a su decisión²⁴¹. Tanto es así, que en ocasiones se ha entendido que los árbitros no tienen capacidad de resolver sobre controversias a las que se les deba aplicar normas de orden público; cuando lo que deben hacer los árbitros, precisamente, es aplicar las normas de orden público ineludibles para evitar que se anule el laudo²⁴². De esta manera, los árbitros quedan compelidos a la aplicación apropiada del orden público. Existen dos posturas doctrinales en cuanto a si es posible el control judicial por la aplicación errónea del orden público o si basta con que los árbitros hayan observado las normas de orden público pertinentes aunque su aplicación no haya sido acertada²⁴³. Según la tesis maximalista que propone que el juez nacional debe velar tanto porque se hayan observado las normas de orden público pertinente, como de que se hayan aplicado correctamente. Otra cosa sería que se entrara a resolver sobre las investigaciones realizadas por el tribunal arbitral para dilucidar tanto que las normas de orden público hubieren sido fielmente aplicadas, como que la indagación realizada por el tribunal arbitral para ver si se cumplió con el orden público fue la adecuada²⁴⁴, lo cual excede de la función revisora del laudo por parte de los Jueces. Nos movemos en un terreno gris, donde se debe extremar la prudencia para evitar que el orden público sea utilizado como cajón de sastre para revisar laudos.

Porque el problema mayor de aplicar la jurisprudencia *Thales*, paradigmática de la tendencia minimalista y llevarla hasta sus últimas consecuencias, es que los Jueces no custodiarían el orden público, sino que simplemente comprobarían que el árbitro hubiera tomado en consideración las normas de orden público aunque se hubieran aplicado erróneamente; no se trata de sustituir el criterio del árbitro pero tampoco dejarle tomar decisiones irracionales. En definitiva, dependerá de la legislación aplicable al procedimiento si se permite un escrutinio amplio, limitado, o simplemente no permita el control

²⁴⁰ Sentencia de la Sección 8ª de la AP de Alicante de 21 de mayo de 2008 [JUR 2011\87204]. Vid un resumen general en J.C Fernández Rozas, “Contravención al orden público como motivo de anulación del laudo arbitral en la reciente jurisprudencia española”, *Arbitraje*, vol. VIII nº 3, 2015. pp. 823–852. J. M. Suárez Robledano. “Hacia un concepto único del orden público en el arbitraje: la seguridad jurídica”, *Arbitraje*, vol. VIII, nº 2, 2016. pp. 435–458 y en el mismo número, M. Rubino-Sammartano. “El arbitraje y el orden público” pp. 459–463.

²⁴¹ Causal de anulación diferente establecida en el CNY art V 1 c) y en la LA, art. 41 c).

²⁴² J.C. Rivera, “el orden público...”, *loc. cit.*, p. 267.

²⁴³ *Thales c. Euromissile*, Sentencia de la *Cour d’Appel de Paris* de 18 de noviembre de 2004.

²⁴⁴ B. M. Cremades y D.J.A. Cairns, “Orden público transnacional en el arbitraje internacional (cohecho, blanqueo de capitales y fraude contable)”, *Diario La Ley*, nº 5798, nº de junio, 2003, en el que analizan el caso *CCI Westacre vs. Jugoimport* en el que el demandado alegó que no había procedido al p.o de los honorarios correspondientes a la consultora demandante porque ésta había cometido actos de cohecho y corrupción y, una vez dictado el laudo por el que condenaban a Jugoimport al p.o de las cantidades debidas, se trató la ejecución en Inglaterra, donde hubo opiniones disidentes de los jueces en cuanto a si se debía analizar la investigación realizada por el Tribunal arbitral para rechazar la existencia de cohecho o, por el contrario, si bastaba con examinar que el Tribunal había aplicado correctamente las normas de orden público correspondientes. Finalmente se determinó que el delito de cohecho había sido rechazado por el Tribunal arbitral. Vid. G. Jiménez-Blanco. “Arbitraje y corrupción”. *Arbitraje*, vol. IX, nº 1. 2016. pp. 191–211. C. F. Concepción “Combating Corruption and Fraud from an International Arbitration Perspective”, *Arbitraje*, vol. IX, nº 2. 2016, pp. 369–396.

sobre el laudo²⁴⁵. La jurisprudencia española ha sido clara al respecto a no ha dejado resquicio a la posibilidad de renunciar a la acción de anulación²⁴⁶, al contrario que otras jurisdicciones cuyas Cortes expresamente recogen, como es el caso del art. 34.6 de la CCI la renuncia implícita a la acción de anulación una vez sometido al arbitraje de dicha Corte.

La definición de orden público internacional que hemos ofrecido es la que *grosso modo* han ido recogiendo los tribunales en las diferentes resoluciones que han dictado ante las acciones de anulación presentadas frente a laudos internacionales²⁴⁷. Esta formulación del concepto de orden público no existía en la LA de 1953, con lo que cualquier vulneración de una norma imperativa suponía la infracción del orden público²⁴⁸. Tras la promulgación de la LA de 1988, que sí incluía el concepto de orden público como motivo de anulación del laudo, pereció el viejo concepto de orden público como infracción de las normas jurídicas aplicables²⁴⁹.

El concepto de orden público se ha mantenido, como no podía ser de otra manera, en la actual LA, si bien hubo intentos de definir tan abstracto término mediante una enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso en el que se pretendía limitar el orden público a: “que el laudo hubiere sido dictado fuera de plazo o con infracción de normas imperativas o constitucionales”²⁵⁰. En nuestra opinión, la noción de orden público debe quedar a la autoridad de los jueces y árbitros, y no concretarse en una serie de actos o disposiciones, sino que tiene que ser objeto de una armonización casuística evolutiva. Así, el orden público es mutable y esa es la razón que obedece a que no se enumeren los motivos taxativos que podrían suponer una vulneración de orden público. Lo que hoy es orden público en algunos Estados, mañana podría

²⁴⁵ M. Virgós Soriano “Arbitraje comercial internacional y convenio de Nueva York de 1958”, *Diario La Ley*, nº 6679, 2007 [LA LEY 1210/2007].

²⁴⁶ Entre otras, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 4ª, de 11 de octubre de 2006 [JUR 2007/76623] recoge el parecer del Tribunal Supremo: “Reiterada jurisprudencia establece que la renuncia de derechos ha de ser clara, terminante e inequívoca. La renuncia se hizo constar en el mencionado documento, antes de la emisión del laudo, de forma anticipada, considerándose que para ser admitida, (así STS de 11 octubre 2001), y por su propia naturaleza, se ha de renunciar conociendo aquello a lo que se renuncia y una vez que el derecho ya ha nacido. En otro caso, la renuncia no puede considerarse clara y terminante. Hasta que el laudo no es dictado se desconoce si pueden o no concurrir causas o motivos de impugnación, de modo que la renuncia expresada en el contrato de compraventa no puede tener efectos de abandono del derecho de impugnación”.

²⁴⁷ La Sentencia del TC de 15 de abril de 1986 [RTC 1986/43] se pronuncia con carácter propedéutico al respecto, indicando que desde la entrada en vigor de la CE, debe existir una nueva visión del orden público: Antes de la entrada en vigor CE, la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 954) y la doctrina jurisprudencial han venido denegando el reconocimiento y ejecución de Sentencias extranjeras contrarias al orden público del foro. Este concepto de orden público ha adquirido una nueva dimensión a partir de la vigencia CE de 1978. Aunque los derechos fundamentales y libertades públicas que la Constitución garantiza sólo alcanzan plena eficacia allí donde rige el ejercicio de la soberanía española, nuestras autoridades públicas, incluidos los Jueces y Tribunales, no pueden reconocer ni recibir resoluciones dictadas por autoridades extranjeras que supongan vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados constitucionalmente a los españoles o, en su caso, a los españoles y extranjeros. El orden público del foro ha adquirido así en España un contenido distinto, impregnado en particular por las exigencias del art. 24 CE.

²⁴⁸ Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 12 diciembre 1981 [RJ 1981\4797].

²⁴⁹ J.F. Merino Merchán y J.C. Chillón Medina, *Tratado de...*, op. cit., p.767.

²⁵⁰ S. Barona Vilar, “De la Anulación y la Revisión del Laudo” en *Comentarios a la...*, op. cit., p. 1.740.

dejar de serlo. Asimismo, respecto al hecho de que se pueda emitir un laudo fuera del plazo acordado por las partes, difícilmente podría sostenerse que se ha vulnerado el orden público; sería más conveniente hacer responsable al tribunal arbitral de haber emitido el laudo fuera de plazo salvo que hubiere justificación para tal retraso, pero no dotar a dicho laudo de la ineficacia más absoluta; pues las partes confiaron la solución de sus disputas a los árbitros y el vencedor del arbitraje no debe pechar con las consecuencias de la inactividad o falta de diligencia de éstos. Posiblemente la solución más apropiada es llevarla al terreno de la responsabilidad de los árbitros. Aunque existen posturas doctrinales contrarias al respecto²⁵¹, que no compartimos, y posturas jurisprudenciales contradictorias²⁵², debido, probablemente, a la inclusión de dicho motivo como causa de anulación autónoma en el art. 45.3 de la LA de 1988.

En cuanto a las normas imperativas, éstas quedaron subsumidas en el orden público tanto en la LA como en el CNY de 1958²⁵³, en cuyo art. V numeral 2 b) se hace referencia al orden público como causal de denegación del reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero sin hacer mención alguna a las normas imperativas, entendidas éstas como normas respetadas en procedimientos internos, a diferencia de las normas de policía, que constituirían límites en supuestos internacionales²⁵⁴. A mayor abundamiento, provocaría que toda infracción de norma imperativa supusiera una infracción del orden público, conceptos que no (siempre) deben confundirse²⁵⁵.

Existen supuestos en los que no se han respetado normas imperativas de la *lex contractus* sin que ello suponga una nulidad del laudo, así como otras veces en las que se han respetado las normas imperativas de terceros Estados vinculados con el supuesto²⁵⁶. La materia queda, pues, a la decisión del tribunal arbitral. De esta forma, los árbitros – en arbitraje internacional – se encuentran sobre todo compelidos a aplicar las normas de *international public policy*. En cuanto a las normas de orden público interno del lugar donde se vaya a ejecutar el laudo, resulta práctico tenerlas en cuenta para evitar posibles interferencias judiciales posteriores. Si bien ya hay voces partidarias de suprimir la

²⁵¹ *Ibidem*, sostiene, en la nota 80 a pie de página, que “como hemos venido sosteniendo reiteradamente, dictar un laudo fuera de plazo implica que el laudo no existe, por la pérdida de la potestad arbitral atribuida por las partes.” No podemos estar menos de acuerdo con esta afirmación. En primer lugar, porque un asunto puede necesitar un plazo superior al fijado por las partes debido a que su complejidad se advierta con posterioridad al inicio del arbitraje. En segundo lugar, porque si se defiende que un laudo arbitral es un equivalente jurisdiccional, siendo coherentes debería entenderse que una Sentencia dictada fuera del plazo de un mes establecido en el art. 434.1 LEC, también debería entenderse inexistente y, tristemente, lo habitual es que se resuelva fuera de dicho plazo. Y, en tercer lugar, porque esa “inexistencia” deberían pactarla expresamente las partes o denunciarla previamente al conocimiento del fallo en lugar de esperar a ver si el laudo no nos ha resultado favorable.

²⁵² La Sentencia de la AP de Cantabria de 8 de abril de 2005 [AC 2005/490] descarta que dictar un laudo fuera de plazo suponga la nulidad de éste y, en cambio, la Sentencia de la AP de Las Palmas (Sección 3ª), de 13 de febrero de 2007 [JUR 2007/153383] afirma lo contrario.

²⁵³ Incorporado por referencia a nuestro ordenamiento jurídico mediante la disposición 46 de la LA.

²⁵⁴ A. Boggiano, *Curso de Derecho Internacional Privado y Derecho de las relaciones internacionales privadas*, 2ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 277 y 278.

²⁵⁵ S. Barona Vilar, *Comentarios a la Ley...*, op. cit., p. 1.747

²⁵⁶ P. Fouchard, E. Gaillard y B. Goldman, *On International Commercial Arbitration*, pp. 1526 y ss, en J. C. Rivera, “El orden público...”, loc. cit., p. 275.

aplicación del orden público interno²⁵⁷, recordemos que se trata de una causa de anulación que puede ser revisada de oficio, con aplicación de la ley del Estado donde se quiere proceder a ejecutar el laudo²⁵⁸, cuyos jueces podrán reconocer o denegar la ejecución de un laudo²⁵⁹ en dicho país. Por estas razones, no tiene mucho sentido no aplicar las normas de orden público que puedan devenir en la ineficacia posterior del laudo arbitral en el lugar de ejecución. Aunque esto es matizable dado que se mantendrá incólume la posibilidad de ejecutarlo en otro²⁶⁰, lo que puede dar lugar a ejecutar un laudo anulado previamente, lo que nos parece una solución atípica y desde luego no exenta de controversia²⁶¹. Sin embargo, se entiende que el laudo es *res iudicata* y que la posterior decisión que adopte un tribunal nacional no absorbe al laudo que sigue siendo ejecutable en otra jurisdicción.

La posible anulación de un laudo por afectar al orden público ha sido severamente criticada por la posibilidad de que los laudos arbitrales sean revisados nuevamente por la jurisdicción ordinaria de la que quisieron escapar las partes al formalizar el convenio arbitral. Así, pues, los jueces nacionales deberán ser perspicaces a la hora de anular un laudo por quebrantar el orden público para que no se convierta en una fuente de excusas para la revisión del fondo. Los casos más típicos de orden público en el mandato interno serían: el clásico de vulneración de los principios de audiencia, contradicción e igualdad—orden público *in procedendo*—²⁶², falta de observación del litisconsorcio pasivo necesario²⁶³, aportación de pruebas²⁶⁴, motivación del laudo²⁶⁵, litispendencia²⁶⁶, cosa juzgada²⁶⁷ y otras de ámbito material como contratos relativos a consumidores²⁶⁸.

²⁵⁷ M. Gonzalo Quiroga, *Las normas imperativas...*, op. cit., p. 107, donde señala que “si los Estados quieren beneficiarse de las ventajas del arbitraje internacional adaptadas a su vez a las inversiones y transacciones comerciales internacionales, es lógico que el orden público que ponga límite al mercado, y a la resolución de controversias en el mismo, sea también un orden público internacional.”

²⁵⁸ M. Virgós Soriano “Arbitraje comercial internacional...” *loc. cit.*

²⁵⁹ F. Mantilla-Serrano, “Algunos apuntes sobre la ejecución de los laudos anulados y la Convención de Nueva York, *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, nº 2, julio-diciembre.2009, pp. 15–40.

²⁶⁰ J.C Fernández Rozas y R. Arenas García, en J.C Fernández Rozas, R. Arenas García y P.A. de Miguel Asensio, *Derecho de los Negocios Internacionales*, 5ª ed., Iustel, 2016, p 712.

²⁶¹ *Hilmarton Ltd. c. Omnium de traitement et de valorisation (OTV)*, Sentencia de la *Cour de Cassation* dictada el 23 de marzo de 1994, en el que ejecutó en Francia un laudo anulado en previamente ante los Tribunal suizos o *Chromalloy Aeroservices, Inc c. Egipto*, Sentencia de la *Cour d'Appel de Paris*, de 14 de enero de 1997.

²⁶² Siempre que no sea provocado por la propia persona al no comparecer adecuadamente en el procedimiento o no intervenir y solicitar que se le notifique en un idioma que comprenda o cualquier otra conducta que vaya en su voluntario perjuicio. G. Jiménez Blanco, “el orden público como excepción al reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros”, *Spain Arbitration Review*, nº 8, 2010, p. 86.

²⁶³ De nuevo encontramos jurisprudencia contradictoria: en contra se pronuncia la Sentencia de la AP de Madrid, Sección 18ª, de 13 de febrero de 2008 [JUR 2008\122646] y en cambio, en la Sentencia del TS (Sala de lo Civil), de 17 de abril de 2008 [RJ 2008\4070], se señala que el litisconsorcio pasivo necesario es una cuestión de orden público. Aunque en este caso no se trataba de un arbitraje.

²⁶⁴ Sentencia del TSJ de Cantabria, (Sala de lo Civil y Penal) de 30 de enero de 2013 [JUR 2012\203730], por denegar la práctica de una prueba pericial sin motivar dicho rechazo.

²⁶⁵ Sentencia del TSJ de Andalucía, (Sala de lo Civil y Penal, Sección1ª), de 8 enero de 2013 [AC 2013\1706]. Si bien son casos muy excepcionales.

²⁶⁶ Auto del TS de 1 de diciembre de 1998.

²⁶⁷ Auto del TS de 7 de octubre de 2003.

²⁶⁸ Sentencia de la AP de Barcelona, Sección 15ª, de 13 diciembre de 2006 [AC 2006\1943].

Analizando brevemente estos motivos, no cabe duda de que aquellos que afectan a la defensa de las partes en el procedimiento se podrán considerar quebranto del orden público; pero con matices. Así, la falta de observación de los principios de audiencia, contradicción e igualdad o del litisconsorcio pasivo necesario, no parecen plantear problema alguno en cuanto a que afectan al orden público. Sin embargo, en cuanto a la aportación de pruebas, los árbitros tienen potestad para rechazar las pruebas que aporten las partes²⁶⁹, facultad que también se atribuye a los jueces, y únicamente podrá provocar la nulidad del laudo por razones de orden público en supuestos muy específicos y flagrantes en los que viole el art. 24.2º CE que dispone que *“todos tienen Derecho [...] a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa”*. Este precepto no abarca aquellos supuestos claros de pruebas obtenidas ilícitamente ni aquellos otros en los que la prueba se entienda innecesaria o reiterativa, entre otros muchos. En cuanto a la motivación del laudo, se encuentra estrechamente vinculado con el art. 120.3 de la CE que indica que *“las Sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública”*, pero desde luego, no toda la falta de motivación se puede convertir en una vulneración del orden público. Es más, en caso de falta de motivación, el laudo debería volver a redactarse en lugar de anularse, para no provocar efectos de cosa juzgada, cuya falta de observación sí provoca una vulneración del orden público.

Por último, en cuanto a la invariabilidad de las resoluciones, nos encontramos con posturas contradictorias²⁷⁰. Sin embargo, desde una postura reflexiva y práctica, podemos afirmar que no debe ser un motivo suficiente para provocar la nulidad del orden público. Así, al no ser recurrible el laudo arbitral salvo pacto en contrario, esta fórmula, habilitada mediante el art. 39 LA, permite corregir posibles errores que precisamente podrían provocar la nulidad del laudo por haberse pronunciado los árbitros sobre motivos no sometidos a su decisión, o haber concedido más de lo pedido por las partes u otros motivos tasados. Nótese como el art. 39 LA se refiere a la *“corrección, aclaración, complemento y exlimitación del laudo”*, mientras que su homónimo en la LEC, institucionalizado mediante los numerales 214 y 215 se refieren a *“Aclaración y corrección”* y *“Subsanación y complemento de Sentencias y autos defectuosos o incompletos”* respectivamente. Si el legislador ha otorgado a los árbitros la facultad de subsanar la exlimitación del laudo, es precisamente porque la decisión de los árbitros no es recurrible, y mediante la emisión del laudo complementario se puede evitar acudir al auxilio judicial.

En efecto, además de la cuestión ya examinada de la “arbitrabilidad subjetiva” también hace su aparición la cuestión de la falta de “arbitrabilidad objetiva” esto es, que determinados ámbitos, por ser de orden público interno, están siempre fuera del campo de aplicación del arbitraje y que aunque un ente público, equivocadamente, se haya comprometido sobre ellos, no puede en modo alguno consentirse desde el Derecho administrativo que prime la cláusula compromisoria. Es decir, que aunque los tribunales civiles consientan que el Estado y sus entes públicos puedan someterse a arbitraje internacional cuando se dirimen cuestiones de índole privado, hay límites que no se pueden traspasar. Por ejemplo, someter a arbitraje sobre bienes que constituyan demanio

²⁶⁹ Siempre con cierta rigurosidad para no incurrir en la violación del art. 24.2 CE.

²⁷⁰ S. Barona Vilar, *Comentarios a la Ley...*, op. cit., p. 1.759, defiende que por el principio de invariabilidad de las Sentencias, la aclaración no puede servir para modificar el laudo.

público; las costas y playas o los cuadros del Museo del Prado, entre otras, jamás podrán quedar sometidos a un arbitraje²⁷¹. No obstante, sí cabría arbitraje si el asunto se limita a dirimir arbitralmente en Derecho internacional sobre el período de tiempo de una concesión de una instalación (por ejemplo, un club marítimo) por una empresa extranjera sobre una playa u otro lugar de la costa marítima ya que la cuestión de orden público aparece de modo meramente instrumental.

Por último, conviene recordar como en los *Arrêt Ganz*, de 29 marzo 1991, de la *Cour d'Appel* de París y en el *Arrêt Labinal*, también de *Cour d'Appel* de París, de 19 de mayo de 1993, se indica que “El árbitro internacional ha de apreciar su propia competencia en relación con el orden público internacional y dispone del poder que tal concepto le otorga”. En resumen, la jurisprudencia civil, paulatinamente ha ido cercenando los privilegios del Estado y sus entes públicos. Pero no es ésta, exactamente, la posición de la jurisprudencia contencioso-administrativa, mucho más sensible a la protección del orden público y de lo que viene entendiendo como “interés general”.

²⁷¹ A. Gallego Anabitarte, “Los cuadros del Museo del Prado (I) Reflexiones histórico y dogmático-jurídicas con ocasión del art. 132 (y 133.1) CE española de 1978”, *Administración y Constitución: Estudios en homenaje al profesor Mesa Moles*, Presidencia del Gobierno, 1982.

VI. Contratación pública y arbitraje

1. Introducción

El régimen de la contratación pública ha sido objeto en los últimos años tanto de un considerable tratamiento tanto en la legislación y acuerdos internacionales, como de jurisprudencia de órganos con jurisdicción internacional que han fijado principios generales, y de actuaciones administrativas, entre otras, de solución de controversias entre Estados u otras partes²⁷². Los principios de transparencia y la no discriminación en la contratación pública, conforman las reglas principales de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) aprobada en 1993, modificada en 2011 que incluye procedimientos y principios cuya finalidad es lograr el uso óptimo de los recursos y evitar los abusos en el proceso de adjudicación. La transparencia es también un principio clave, pues permite confirmar el cumplimiento efectivo de los procedimientos y principios. Su objetivo es, de un lado, servir de muestra o ejemplo a los distintos países para evaluar y modernizar su régimen y prácticas actuales de la contratación pública o para establecer un régimen legal en la materia de no disponer actualmente de uno. De otro lado, promover la objetividad, la equidad y la participación, así como la competencia y la integridad, para cumplir esos objetivos. Y su justificación es la inadecuación del régimen existente en algunos países, o en su simple inexistencia, esencialmente en desarrollo, así como en países cuyas economías se encuentran en transición.

La influencia de las normas y disposiciones de origen internacional es totalmente perceptible en el ámbito europeo en el marco de los Derechos administrativos de los Estados miembros²⁷³. El estudio de las relaciones del arbitraje en el marco de la regulación de contratos del sector público exige conocer las condiciones exigidas por la necesaria incorporación de las Directivas de cuarta generación de contratación pública que contienen una novedosa regulación en clave de visión estratégica²⁷⁴. La contratación pública constituye un extraordinario potencial en lo que respecta a ayudar a construir una economía social de mercado competitiva comportando el gasto de una parte considerable del dinero de los contribuyentes, que se proyecta constituye un extraordinario potencial en lo que respecta a ayudar a construir una economía social de mercado competitiva en un sentido transversal a las distintas administraciones públicas, por lo que es esencial que haya no solo coordinación, sino también una estructura de gobernanza que englobe a las principales partes interesadas de forma que las decisiones fundamentales puedan tomarse de un modo más colaborativo y sean aceptadas por todos los

²⁷² R. Stewart, "U.S. Administrative Law: A Model for Global Administrative Law?", *Law and Contemporary Problems*, vol. 15, 2005, pp. 68 ss.

²⁷³ J.-B. Auby, "Globalización y descentralización", *RAP*, n° 156, 2001, pp. 7 ss; C. Harlow, "Global Administrative Law: The Quest for Principles and Values", *The European Journal of International Law*, vol. 17, n° 1, 2006, pp. 187 a 214.

²⁷⁴ J.M. Gimeno Feliu, "La transposición de las directivas de contratación pública en España: una primera valoración de sus principales novedades", *DA*, Nueva Época, n° 4, 2017, pp. 7-30.

participantes. Esta actividad de la Administración es paralela a la libertad que posee para regular los servicios de interés económico general y su ámbito de aplicación.

La coordinación a escala de la Unión Europea de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos²⁷⁵ tiene por objeto suprimir las trabas a la libre circulación de servicios y de mercancías que esos procedimientos pueden establecer y, por tanto, proteger los intereses de los operadores económicos establecidos en un Estado miembro que deseen ofrecer bienes o servicios a los poderes adjudicadores establecidos en otro Estado miembro²⁷⁶. En la actualidad es el marco de la Unión Europea está en vigor la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión²⁷⁷ y la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (Texto pertinente a efectos del EEE) han concluido que las concesiones son un contrato. Y son concesiones, como se sabe, aquellos contratos en que se traslada el riesgo operacional al contratista (por ejemplo, riesgo de que la demanda del servicio ofrecido por la concesión fracase estrepitosamente y nadie quiera utilizar ese servicio y el empresario quiebre y entre en concurso). De forma que ahora, definitivamente, la concesión en la Unión Europea es un contrato, ya que como todo contrato el reparto de riesgos no está fijado desde el principio, sino que existe un azar o incertidumbre que tiene que arriesgar todo empresario que contrata, incluida las concesiones (en realidad para España esto no es una novedad, a diferencia de Alemania, porque entre nosotros las concesiones siempre se adjudicaron mediante un contrato con concurrencia efectiva en la selección del concesionario).

No insistiremos en este tema que no es propio de nuestro cometido, habiéndolo mencionado solamente por razones de introducir el contexto en que se mueven ahora los contratos públicos.

Es decir, hoy son contratos para la Unión Europea y por ende sujetos a posible arbitraje, no solo los contratos típicos (contrato de obras, contrato de servicios, contrato de suministro) sino también las concesiones (de obras y de servicios), amén del resto de la contratación no tipificada formalmente (art. 12.2 de la Ley 9/2017: “Los restantes contratos del sector público se calificarán según las normas de Derecho administrativo o de derecho privado que les sean de aplicación”). Aplica diligentemente lo dispuesto en las

²⁷⁵ M. Sánchez Morón, *El Derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*, Valladolid, Lex Nova, 2011

²⁷⁶ STJUE, Sala Quinta, de 6 de junio de 2019: Asunto C- 254/18: *P.M. y otros*.

²⁷⁷ J.A. Razquin Lizarraga, “La Directiva 2014/23/UE relativa a la adjudicación de contratos de concesión”, *Revista Jurídica de Navarra*, nº 58, 2014, pp. 95–158; P. Valcárcel Fernández, “La nueva directiva europea de concesiones (Directiva 2014–23/UE). La tipificación de los contratos como ‘concesión de obras’ o ‘concesión de servicios’. En particular, el concepto de transferencia de riesgo operacional”, *Contratos administrativos, equilibrio económico–financiero e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público–privadas* (Bockmann Moreira, E., coord.), Brasil, Fórum, 2016, pp. 223–251; G. González de Olano y J.A. Navarro Manich, “Comentarios a la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión”, *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, nº. 37, 2014, pp. 44–57; F.L. Villalba Pérez, “La concesión de servicios, nuevo objeto de regulación del Derecho Comunitario. Directiva 2014/23/UE de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica: Nueva Época*, nº 2, 2014.

dos Directivas indicadas, Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 y la Directiva 2014/25/UE, de 26 de febrero de 2014, ambas de la misma fecha como era de esperar.

2. El modelo francés y su influencia en España

A) Aspectros introductorios

Ello que significa que debe efectuarse de manera ética, con transparencia e integridad y de la manera más eficiente, en términos tanto de costes como de calidad, con el fin de ofrecer bienes y servicios de calidad a los ciudadanos. Es sabido que es Francia la que origina el Derecho administrativo y el Contencioso Administrativo (E. García de Enterría y luego toda la doctrina posterior)²⁷⁸. Lo hace a partir de la Revolución Francesa al instaurar el principio de división de poderes (Art. 16. Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: Una Sociedad en la que no esté establecida la garantía de los Derechos, ni determinada la separación de los Poderes, carece de Constitución.) Antes había Administración y organización, pero no Derecho administrativo porque tales organizaciones no se sometían a reglas jurídicas predeterminadas, sino a la voluntad libérrima del Monarca (*Quod Principi placuit legis habet vigorem*).

Habida cuenta de la tradicional y fuerte aceptación en el Derecho administrativo español de la cultura jurídica francesa²⁷⁹ conviene examinar cómo se diseñan en nuestro vecino país, los medios de solución extrajudicial de conflictos, si es que existen, en la contratación pública.

Desde este mismo comienzo, advertimos que la tradición gala impedía ese arbitraje e incluso lo prohibía el Código Civil Francés (art. 2060) como vamos a ver. Y sin embargo, desde finales de 2018, hace pues apenas un par de meses (y en parte entrando en vigor la legislación definitiva el próximo mes de abril de este año 2019, por lo que supone una novedad de última hora) la situación ha cambiado en Francia de manera interesante y, ya veremos, quizás importante también.

De ahí que nos fijemos en este ejemplo francés, ya que los aires de cambio sobre el arbitraje, si se inician en Francia, podrían acabar llegando a España como ha sucedido casi siempre en todo lo que toca a las instituciones del Derecho administrativo. Precisamente, quizás abusando de la paciencia del amable lector, como adenda a este trabajo, más allá del campo estricto de la contratación, aportaremos algunos supuestos de interés en que se utilizan medios extrajudiciales para solventar conflictos en Derecho administrativo cuando todo está ya decidido: nos referimos precisamente al ámbito de ejecución de Sentencias, uno de los más rocosos y severos supuestos de endogamia procesal ya

²⁷⁸ E. García de Enterría Martínez–Carande, *Revolución francesa y administración contemporánea*. Madrid, Pamplona, Civitas, 1994; *id.*, “La formación, el desarrollo y la transformación radical en Europa de la Jurisdicción contencioso–administrativa”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº. 73, 2009, pp. 11–26.

²⁷⁹ E. García de Enterría Martínez–Carande, “La Revolución francesa y la emergencia histórica de la Administración contemporánea”, *Homenaje a D. Nicolás Pérez Serrano*, vol. 2, 1959, pp. 202–249.

que, hasta ahora, la ejecutoria se realiza directamente por la propia Administración Pública.

Es significativo destacar que Francia, seguida por España, ha sido prácticamente el único país de la Unión Europea que distingue dentro de los contratos del sector público, entre contratos administrativos y contratos privados. Los contratos administrativos típicos eran, el contrato de obras, el contrato de servicios y el contrato de suministro.

En el resto de los países, por ejemplo, Alemania, simplemente existen los contratos del sector público como expresión de un contrato hecho por la Administración y con aplicación militante del Código Civil (si bien, no distinguían como nosotros en España, respecto de la concesión administrativa, que para ellos no era, hasta las nuevas Directivas Europeas de la contratación de 2014, propiamente contratos administrativos²⁸⁰).

A todos ellos en teoría, si lo permite la Ley, o si ésta calla (por aplicación de las normas generales de contratación) podrían ser sometidos a arbitraje.

Esto último merece ser subrayado. Si no se prohíbe el arbitraje, nada impide que se adopte como técnica de solución de conflictos. Lo que abogaríamos por la interpretación favorable al arbitraje dada respecto a la eliminación del art. 50 del Texto Refundido de 2011. Ciertamente lo deseable sería que la propia Ley considerara esta opción, la reafirmara, la consolidara en sus normas. Pero si la Ley es silente, y aunque no incentive el arbitraje, tratándose de normas de *iure gestionis* y no de *iure imperii* nada obsta a que por voluntad de las partes, incluidos pues las Administraciones Públicas y demás sujetos adjudicadores, pueda incluirse el compromiso arbitral.

Otra cosa es que voluntariamente las Administraciones quieran aceptar esta técnica, algo complicado para la muy establecida mentalidad clásica con que operan los poderes públicos pero en la que se observan determinados avances paulatinos que invitan a la esperanza.

B) El *Conseil d'État* y su posición inicial contra el arbitraje

Habida cuenta del tradicional respeto por el contencioso en Francia dirimido en su cúspide por el Consejo de Estado (*Conseil d'État*) que culmina el orden jurisdiccional de lo contencioso-administrativo, no puede extrañar que el arbitraje sobre actos de la Administración Pública haya sido generalmente rechazado hasta el pasado más reciente. Todo lo que afectase al Derecho público se quería que se ventilara ante Tribunales de justicia. Y ello se ha extendido también a la contratación pública (pero, poco a poco se ha comenzado a admitir la mediación y finalmente el arbitraje).

Es decir, la fórmula tradicional francesa en relación con la contratación consistía, hasta hace muy poco, en que todas las cuestiones conflictivas se ventilaran ante la justicia contencioso-administrativa y nunca ante árbitros. Y como la justicia administrativa culmina en Francia en el *Conseil d'État* lleno de tradición y de prestigio, a este Alto

²⁸⁰ S. González-Varas Ibáñez. “Una concepción sustancialista del contrato público”, *Cuadernos de derecho local*, nº 45, 2017, pp. 101-126.

Cuerpo, a la vez consultivo y contencioso, le resultaba insoportable que unos árbitros privados vinieran a resolver y decidir sobre asuntos que el *Conseil* entendía que eran de su estricta competencia.

Ahora esto parece que cambia y que habría que entonar una palinodia por tantas y tantas objeciones al arbitraje, cuya retractación parece que ha comenzado a darse, y de cuyos frutos quizás tengamos pronto noticia.

En efecto, la posición tradicional sobre el arbitraje en Derecho público se fijaba en el art. 2060 del Código Civil. Decía (y dice) este precepto:

“Article 2060: On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public.

Toutefois, des catégories d'établissements publics à caractère industriel et commercial peuvent être autorisées par décret à compromettre”.

Es decir, existía una prohibición (relativa, pues cabía autorización) a que los sujetos de Derecho público se sometieran a arbitraje.

Esta posición general, llevó a la doctrina francesa de *lege ferenda* a ocuparse de resaltar la necesidad de impulsar los medios de solución extrajudicial de controversias, pero dado que el arbitraje parecía algo muy lejano (salvo en el ámbito internacional) se potenciaba al menos la mediación.

En efecto, el *Conseil d'État* examinó en su Sección de “Estudios y Documentos” en varias ocasiones las posibilidades de solución extrajudicial de conflictos.

Así en el documento, “*Régler autrement les conflits, conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*”, *étude adoptée par l'assemblée générale du Conseil d'Etat le 4 février 1993*” ya apuntaba que las diferentes técnicas entonces manejadas, tenían que estar al servicio de los ciudadanos, incluso cuando fueran meros “administrados”, esto es, sujetos que actúan dentro de una relación jurídica pública en la que las Administraciones Públicas tienen siempre un trato singular y exorbitante²⁸¹.

Sin excesiva sorpresa, en Francia se apostó por la mediación, pero poco por el arbitraje, salvo el internacional porque no está en manos de su legislación interna sino que depende de los Tratados internacionales. Así en los sucesivos estudios, “*Le développement de la médiation*”, *actes du colloque organisé le 4 mai 2011 à la chambre de commerce et d'industrie de Paris*”; “*Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne, étude adoptée par l'assemblée générale du Conseil d'Etat le 29 juillet 2011*” y “*Conciliation et médiation devant la juridiction administrative, actes du colloque du Conseil d'Etat du 17 juin 2015*.”

²⁸¹ Asimismo en la conferencia de 24 juin 2016 (Modos amistosos de arreglar diferencias, por Jean-Marc Sauvé, “*Les modes amiables de règlement des différends*” Jean-Marc Sauvé, Vice-président du Conseil d'Etat en la obra “*Ouverture des sixièmes Etats généraux du droit administratif*”).

Consciente pues, de que la fórmula tradicional de resolver todos los conflictos surgidos en el ámbito de la contratación pública exclusivamente a través del contencioso – administrativo, no permitía al *Palais Royal*, el gran palacio del Cardenal Richelieu donde hoy se asienta el *Conseil d'Etat*, resolver de forma eficaz todas las controversias surgidas de la contratación pública, el fruto de esa reflexión fue que se dio ya un primer paso, aceptando tímidamente la mediación.

Así se regula la figura del “Mediador” que entró en funciones el 23 de enero de 2013. Se designó a Jean-Lou Blachier quien fue nombrado por Decreto del Presidente de la República Francesa de 19 de diciembre de 2012. Es pues un órgano administrativo, situado en el Ministerio de Recuperación Productiva (pequeñas y medianas empresas, innovación y economía numérica). Su principal objetivo es facilitar las relaciones entre empresas y compradores públicos, mediante acciones de mediación individuales o colectivas, con el fin de resolver las disputas que puedan surgir al ejecutar un encargo o prestación contractual pública.

Éste es pues “*Le médiateur des marchés publics*” (el mediador de los contratos públicos). Luego, en 2016, se ha unido esta figura a la mediación empresarial general, de forma que hoy los contratos públicos permiten mediación dentro de un contexto más generalizado (*v.gr.*, por decreto del Presidente de la República, con fecha 14 de enero de 2016, se nombra a Monsieur Pierre Pelouzet Mediador de las Empresas, situándole junto al Ministro de Economía, Industria y Numeración por un plazo de tres años. Incorpora las funciones antes ejercidas por el Mediador de Relaciones interempresariales y por el Mediador de Contratación Pública).

De nuevo se trata de un órgano administrativo que imparte mediación, actuando así, si se me permite la expresión, como un “Pretor Peregrino”, al estilo del Derecho Romano. Así cuando un contrato público comienza a tener cualquier incidencia que implique conflicto, este órgano administrativo, acerca posturas y ayuda a solventar el problema. Es un caso de intervención estatal mediadora y equilibrada dotada de cierta autonomía, pero en modo alguno es un arbitraje propiamente dicho (aunque conviene no rebajar la importancia de la mediación.), que está ganando impulso y cotas importantes en prácticamente todos los ordenamientos occidentales. Además existen “Mediadores Sectoriales” que actúan en un sector o ramo de la Administración, como la educación o las finanzas.

En todo caso, como indica el Vicepresidente Sauvé, el resultado de la mediación en general, es más bien, moderado. Al menos hasta ahora, de ahí el impulso que institucionalmente se le está dando con este tipo de conferencias, discursos y pronunciamientos como el del citado Vicepresidente. Falta mucho por hacer, incluso en el modesto o más limitado al menos, ámbito de la mediación. Y del arbitraje interno en materia de contratación no había realmente ningún rastro visible hasta hace bien poco. Pero sí lo hay en el ámbito internacional, que depende de tratados y convenios internacionales y no está en la mano directa del legislador interno.

C) Código civil francés y límites al arbitraje sobre el Estado y entes públicos: el Art. 2060 del Code Civil

Tradicionalmente y ya desde el *Code Napoléon* (*Code civil des Français* de 21 de marzo de 1804, que con todas sus innumerables modificaciones sigue en vigor) el Derecho galo fue opuesto a someter al Estado a arbitraje. Si ya fue difícil que se otorgara al *Conseil d'État* la competencia “retenida” (juzgar a la propia Administración), y luego “delegada”, desde luego lo que no se iba a consentir es que un tercero cualquiera, mucho menos un extranjero, pudiera someter al Estado francés a su decisión jurídica. De forma que el arbitraje estaba proscrito. Se habla, así, de falta de “arbitrabilidad subjetiva”. Es decir, que no es solamente que el Estado francés (sus administraciones y el resto de la galaxia administrativa) tuviera o no capacidad para someterse a arbitraje, sino que directamente era un tema de competencia o manifestación del poder y se rechazaba que un tercero extraño al poder pudiera siquiera enjuiciar su actuación y sus potestades. Ello llegó a alcanzar, como decíamos, incluso a la mera transacción²⁸².

Notemos que se refiere, sin más precisión, a los establecimientos públicos, no al propio Estado (al que ni siquiera se le menciona ya que se daba por supuesto que su inmunidad jurisdiccional era total). No ha de extrañar, pues, que si no se permite la libre transacción a las entidades de Derecho público, mucho menos se les va a permitir el compromiso que lleva aparejado el sometimiento a una cláusula arbitral²⁸³.

El art. 2060 Cc se reformó en 1972 permitiendo que los EPIC puedan someterse a arbitraje mediante la suscripción de una cláusula compromisoria. Naturalmente, es una mera modificación del *Code Civil* y por tanto pensada para el arbitraje interno. Se omite toda referencia sobre el arbitraje internacional, esto es, sobre el supuesto en que una entidad pública francesa pueda someterse a un arbitraje sometido al Derecho internacional. El arbitraje internacional estaba, pues, huérfano de regulación concreta cuando quienes se someten a la cláusula compromisoria internacional son personas jurídicas de Derecho público francés. Con lo cual se planteó inmediatamente la cuestión de si podría sobreponerse esa norma interna a una norma internacional si existe un tratado o una costumbre internacional que permita la cláusula de compromiso arbitral respecto de personas jurídicas públicas.

Por otro lado, que una persona jurídica pública firme un convenio de sometimiento a la cláusula de arbitraje y luego, yendo contra sus propios actos, diga que es nula, parece que a primera vista viola varios principios generales del Derecho (además de los intrínsecos al Derecho internacional); así el principio del *non venire contra factum*

²⁸² Article 2045 *Code Civil*: “*Les établissements publics de l'État ne peuvent transiger qu'avec l'autorisation expresse du Premier ministre*”.

²⁸³ Titre XVI: Du compromis. Article 2060: “*On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public*”.

Toutefois, des catégories d'établissements publics à caractère industriel et commercial peuvent être autorisées par décret à compromettre”.

*proprium*²⁸⁴ o los más elementales principios de buena fe, de cumplimiento de la palabra del Estado (principio denominado de confianza legítima o *Vertrauen-schutz*, y que figura en el ordinal 3.1 de la Ley 30/1992); y el principio del *estoppel* del derecho inglés y norteamericano, que impide abusar de su propio mal hacer²⁸⁵.

Con alguna antigüedad ya, y todavía con la redacción anterior del *Code Civil* que simplemente prohibía al Estado y personas jurídico-públicas someterse a arbitraje, la *Cour de Cassation* comenzó a resolver esta cuestión de forma suave a favor del arbitraje en el *Arrêt San Carlo* de 14 de abril de 1964, y lo hizo en una clásica formulación de Derecho internacional privado: lo resolvió diciendo que no se trataba de un tema de capacidad de la persona jurídico pública para comprometerse, sino que se trataba de un conflicto de leyes a resolver según la *lex contractu*.

El problema quedaba así resuelto solamente en la mitad de su extensión. En efecto, se superaba la “incapacidad” del Estado (Francés) de someterse a arbitraje. Pero ésta era la mitad del problema, ya que si la *lex contractu* admitía la validez del sometimiento de un Estado a un arbitraje, éste sería válido; pero si por el contrario esa ley del contrato remitía a la legislación de un Estado en el que se prohibía al Estado someterse a arbitraje, ese ordenamiento de remisión impediría que ese contrato se ejecutara.

Este problema se superó dos años después con otro *Arrêt* de la *Cour de Cassation*, el *Arrêt Galakis* de 2 de mayo de 1966, que afectaba a un mercante griego que había contratado con cláusula de arbitraje con un órgano oficial del Gobierno francés (el Departamento de Marina Mercante). Primero la *Cour d'Appel* y, confirmando su posición, luego la *Cour de Cassation*, abandonan el sistema de “conflicto de leyes” y sin más que un claro apoyo meramente teórico, confirman que “un contrato internacional realizado para atender a las necesidades y en las condiciones conformes a los usos del comercio marítimo supone que la Sentencia que ha declarado válida la cláusula compromisoria de arbitraje suscrita por una persona jurídica pública, tiene que ser aceptada y mantenida”. En consecuencia, recupera por entero su fuerza y vigor el principio internacional de libertad de contratación, con inclusión del contrato de compromiso.

La jurisprudencia *Galakis* se extendió para abarcar también a los casos en que fuera otro Estado, aparte del Estado francés, el que tuviera elementos de inaplicabilidad del arbitraje cuando estuviera en juego el poder del Estado o de sus entes públicos. En efecto, la cuestión que se planteaba, consistía en saber si a partir de dicha Sentencia *Galakis*, si bien el Estado francés no podría invocar su inmunidad jurisdiccional cuando firmara un contrato internacional, podría hacerlo otro Estado. En definitiva, se planteó la cuestión en el caso de que fuera otro Estado el que tuviera codificado un precepto de salvaguardia igual el que impedía que si firmaba un órgano estatal un contrato que incorporaba una cláusula de compromiso arbitral, éste se pudiera aplicar.

La cuestión fue resuelta de forma idéntica indicando que aunque un Estado tuviera esa cláusula de salvaguardia respecto de él mismo y sus personas jurídicas,

²⁸⁴ L. Díez-Picazo y Ponce de León, *La doctrina de los propios actos*, Barcelona, Bosch, 1963, p. 134.

²⁸⁵ J. Fellas, “Enforcing International Arbitration Agreements” en J.H. Carter y J. Fellas, *International Commercial Arbitration in New York*, Oxford University Press, Nueva York, 2010, p. 222.

subjetivamente, no habría ninguna oposición a aplicarle un arbitraje internacional. Así lo resolvió la *Cour d'Appel* de París el 17 de diciembre de 1991, en el asunto *Gatoil*, rechazando que una sociedad panameña utilizara paradójicamente el Derecho iraní para anular la sumisión a la cláusula de arbitraje que había firmado dicha sociedad con una compañía iraní. El *Arrêt* de la *Cour d'Appel* de París, en el asunto *Gatoil*, indica expresamente que “la autonomía de la cláusula compromisoria, en tanto que regla material internacional que consagra la licitud de la cláusula de arbitraje está por encima de cualquier sistema legal” y rechaza así la incapacidad de la sociedad iraní.

Esta supremacía del marco internacional era la regla aceptada por los tribunales civiles franceses (*Cour d'Appel* y *Cour de Cassation*). Sin embargo, los tribunales del orden contencioso (*Conseil d'État*) no llegan a idéntica conclusión.

D) Plasmación legal de la necesidad de acudir a la técnica arbitral

Leamos el *Journal officiel de la République française (JORF)* n°0281 du 5 décembre 2018 texte n° 20 se publica la *Ordonnance* n° 2018–1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative du code de la commande publique (disposiciones legislativas del Código de contratos del sector público).

Adviértase que cuando redactamos este escrito hace justo dos meses desde que se publicó en el *Journal officiel* el último cambio sobre la legislación de contratos en Francia, es decir, es muy reciente esta regulación. Repárese en el dato de que las sugerencias del Vicepresidente del *Conseil d'Etat* solicitando la mediación y, ligeramente, el arbitraje, eran de 2016, cuando ya estaban dictadas las dos Directivas Europeas (año 2014).

Chapitre VII: Règlement alternatif des différends (Regulación alternativa de diferencias).

Section 1: Conciliation et médiation. Importa recordarlo porque aunque desde luego no se trata de arbitraje, que veremos a continuación que sí se expande en la contratación. Ya el mismo hecho de abordar la conciliación y mediación como técnica normalizada, incorporada a la contratación del sector público y a los contratos administrativos, resulta de interés.

Veamos lo que dice la nueva legislación francesa de contratos del sector público sobre mediación, antesala del arbitraje. Y traemos a colación para ir preparando el tema final, viendo, paso a paso, cómo se van abriendo estas opciones en la legislación francesa pese a la fuerte tradición contraria que presidía la clásica posición francesa.

Chapitre VII: Règlement alternatif des différends

Section 1: Conciliation et médiation

Sous-section 1: Dispositions générales

Article L2197–1

Les parties à un contrat administratif peuvent recourir à un tiers conciliateur ou médiateur, dans les conditions fixées par les chapitres Ier et II du titre II du livre IV du code des relations entre le public et l'administration.

Article L2197–2

Les parties à un contrat de droit privé peuvent recourir à un tiers conciliateur ou médiateur, dans les conditions fixées par les dispositions du chapitre Ier du titre VI du livre Ier et du chapitre II du titre Ier du livre V du code de procédure civile.

Sous-section 2: Comités consultatifs de règlement amiable des différends

(Subsección 2. Comités consultivos de regulación amigable de diferencias)

Article L2197-3

La saisine d'un comité consultatif de règlement amiable des différends suspend le cours des différentes prescriptions, quelle que soit la nature du contrat.

Esto es, si en un momento determinado surge una diferencia entre las partes, con el fin de no perjudicar el contrato, se impide que el instituto de la prescripción, que puede acabar con ese contrato por el transcurso del tiempo, surta efectos. Esto es, las partes tienen diferencias; recurren a un Comité Consultivo de regulación amigable de diferencias y mientras esto sucede, se interrumpe el plazo de prescripción con el fin de evitar cualquier perjuicio al contrato.

Sous-section 3: Le médiateur des entreprises

Article L2197-4

La saisine du médiateur des entreprises suspend le cours des différentes prescriptions dans les conditions prévues par l'article L. 213-6 du code de justice administrative ou, pour les marchés de droit privé, dans les conditions prévues par le code civil.

Section 2: Transaction

Article L2197-5

Les parties peuvent recourir à une transaction ainsi que le prévoit l'article 2044 du code civil.

Si recapitulamos hasta aquí, entendemos que tanto en contratos administrativos como en contratos de Derecho privado, cabe la conciliación, mediación y transacción (y si hay que solicitar la intervención de comités especializados en solución de conflictos no se interrumpe la prescripción, lo cual facilita enormemente ésta ya que al no tener encima una espada de Damocles, los consultores pueden realizar su trabajo con tranquilidad)

Pero ello no es todo. Además de estos medios “suaves” de resolución de controversias mediante técnicas ligeras de acercamiento entre las partes, también se da, tanto en los contratos sujetos al Derecho público como al derecho privado, la posibilidad de llegar al mismísimo arbitraje.

Resueltamente se ha dado un paso importante. Veamos.

Section 3: Arbitrage

Sous-section 1: Recours à l'arbitrage par les acheteurs de droit public

(Uso del arbitraje por los compradores de Derecho público)

Article L2197-6

Par dérogation aux dispositions du premier alinéa de l'article 2060 du code civil, le recours à l'arbitrage pour le règlement des litiges opposant les personnes publiques à leurs cocontractants dans l'exécution des marchés publics est possible pour les litiges relatifs à l'exécution financière des marchés publics de travaux et de fournitures de l'Etat, des collectivités territoriales et des établissements publics locaux ainsi que dans les autres cas où la loi le permet.

Se impone, nada menos, que una abrogación del art. 2060 del Código Civil, que impedía el arbitraje en el ámbito de Derecho público, por la cual dicho artículo deja de regir en el ámbito de la contratación pública.

Nótese que se trata, un tanto limitadamente, de acudir al arbitraje en lo que se refiere a la fase de ejecución de los contratos públicos y limitado a la ejecución financiera. Ciertamente no se refiere ni a todo los contratos ni tan siquiera a todos los ámbitos de los contratos públicos, ya que se limita a la fase de liquidación financiera del contrato. Pero, resulta una primera apertura de interés.

Sous-section 2: Recours à l'arbitrage par les acheteurs de droit privé

(Subsección 2. Llamada al arbitraje para los compradores de Derecho privado).

Article L2197-7

Le recours à l'arbitrage pour le règlement des litiges opposant des personnes privées dans l'exécution des marchés est possible dans les conditions définies par le livre IV du code de procédure civile.

Con carácter ya más amplio, entendemos que cuando se trate de contratos privados realizados por las Administraciones Públicas, puede acudir al arbitraje. El Título IV del code de procédure civil, se refiere, exactamente a *“Livre IV : L'arbitrage. Titre Ier: L'arbitrage interne. Y Titre II: L'arbitrage international*

Aquí parece pues, que sí se da ya un paso de cierta importancia, cuando se trate de contratos privados de las Administraciones Públicas. Naturalmente, habrá que incluirlo en cada contrato, lo que supone que debe remitirse al establecimiento en el contrato de la cláusula arbitral. Pero es claro el impulso y la invitación a concluir las controversias con la técnica del arbitraje en los contratos privados.

Pero hay más.

En los contratos de “partenariat”, se dice:

Chapitre VI : Recours à l'arbitrage

Article L2236-1

Les parties peuvent recourir à l'arbitrage pour le règlement des litiges relatifs à l'exécution des marchés de partenariat, avec application de la loi française.

Estos contratos de “partenariat” son en realidad la tradicional asociación pública-privada, conocida por sus siglas en inglés PPP (“*public-private partnership*”), que conocíamos en nuestra legislación en el art. 11 y concordantes de la derogada Ley de Contratos del Sector Público (Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público) y que se ha derogado por la actual Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

Se han eliminado por entender que su contenido, en realidad, era de escasa aplicación y en realidad coincidía en gran medida con las concesiones, que son las que se regulan ampliamente en nuestra legislación. Así dice la Exposición de Motivos de la Ley de 2017:

“Por otra parte, se suprime la figura del contrato de colaboración público privada, como consecuencia de la escasa utilidad de esta figura en la práctica. La experiencia ha demostrado que el objeto de este contrato se puede realizar a través de otras modalidades contractuales, como es, fundamentalmente, el contrato de concesión”.

Recordemos que aquel precepto, regulaba los contratos de Colaboración Público Privada en términos prácticamente idénticos a cómo los regula todavía ahora el derecho francés, ya que el art. 11 del Texto Refundido, decía:

“Art. 11. *Contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado.* “1. Son contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado aquellos en que una Administración Pública o una Entidad pública empresarial u organismo similar de las Comunidades Autónomas encarga a una entidad de derecho privado, por un período determinado en función de la duración de la amortización de las inversiones o de las fórmulas de financiación que se prevean, la realización de una actuación global e integrada que, además de la financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público o relacionados con actuaciones de interés general, comprenda alguna de las siguientes prestaciones:

a) La construcción, instalación o transformación de obras, equipos, sistemas, y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión.

b) La gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas.

c) La fabricación de bienes y la prestación de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrollada con el propósito de aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado.

d) Otras prestaciones de servicios ligadas al desarrollo por la Administración del servicio público o actuación de interés general que le haya sido encomendado”.

Pero en España, incluso con la anterior regulación, nunca gustaron ni se aceptaron bien estos PPP, quizás por el peso ingente del contrato de concesión, tan tradicional y típico en nuestra legislación de contratos y en la legislación de régimen local.

Y así remataba entonces el propio (hoy derogado) art. 11 de la anterior ley (Texto Refundido):

“Art. 11.2. *Sólo podrán celebrarse contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado cuando previamente se haya puesto de manifiesto, en la forma prevista en el art. 134, que otras fórmulas alternativas de contratación no permiten la satisfacción de las finalidades públicas*”

Eran contratos que la propia legislación consideraba residuales; algo así como “la crónica de una muerte contractual anunciada”.

No es esta la posición del Derecho francés, que continúa apostando por estos PPP. Así dice en su *Article L1112-1*, prácticamente idéntica a nuestra suprimida fórmula del art. 11 del Texto Refundido de 2011:

Article L1112-1,

Un marché de partenariat est un marché public qui a pour objet de confier à un opérateur économique ou à un groupement d'opérateurs économiques une mission globale ayant pour objet la construction, la transformation, la rénovation, le démantèlement ou la destruction d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public ou à l'exercice d'une mission d'intérêt général et tout ou partie de leur financement. Le titulaire du marché de partenariat assure la maîtrise d'ouvrage de l'opération à réaliser.

Cette mission globale peut en outre comprendre :

- 1° Tout ou partie de la conception des ouvrages, équipements ou biens immatériels ;*
- 2° L'aménagement, l'entretien, la maintenance, la gestion ou l'exploitation d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels ou une combinaison de ces éléments ;*
- 3° La gestion d'une mission de service public ou des prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée*

Como vemos la redacción francesa era muy parecida a la que teníamos en el antiguo art. 11 del Texto Refundido de Contratos del Sector Público de 2011. Y si se nos permite, hay países hoy en nuestros días, como Argentina, donde esta forma de colaboración público – privada, está en auge y ha logrado, de la mano del profesor Juan Carlos Cassagne, viejo amigo de España, una expansión enorme²⁸⁶.

De ahí la importancia de que en esta importante figura comparada, en Francia se haya apostado por el arbitraje, incluso aunque no haya sido mencionado por las Directivas como vamos a ver después. Lo que demuestra que estas Directivas Europeas de Contratación son “Directivas de mínimos”. Esto es Directivas que exigen una transposición al menos de su íntegro contenido, pero que con ello no concluyen toda las posibilidades de regulación de las figuras; antes bien, permiten “ir más allá” del texto europeo, incluyendo, como en nuestro caso, complementos normativos – en nuestro caso el arbitraje – que se añaden al texto comunitario europeo, sin alterar su contenido pero sí aumentando su densidad normativa, sus posibilidades de regulación y, al final, su configuración completa y acabada de la correspondiente figura jurídica que se haya querido trasponer. Se trata, como es sabido, de perfeccionar el propio texto europeo sin alterar para nada su contenido.

De ahí, hay que insistir, la importancia de contar con el Arbitraje para completar esta figura de los PPP, tan importante en otros países aunque en el nuestro no haya cuajado jurídicamente por el enorme peso de la concesión tradicional que ha acabado desalojando cualquier figura que compita con ella.

Pero el Arbitraje ha llegado más lejos.

²⁸⁶ J.C. Cassagne, “Sobre los contratos de asociación público–privada (PPP) en Argentina”, *Estudios de Derecho administrativo*. n.º. 6, 2012 (Ejemplar dedicado a: Contratos de participación público–privada), pp. 5–32.

También en la subcontratación se admite el arbitraje. Así, indica: *Article L2397-3: L'Etat peut recourir à l'arbitrage dans les conditions fixées à l'article L. 2197-6*, que son las que ya hemos visto antes y a las que remitimos.

Por consiguiente, el arbitraje ha profundizado enormemente en los contratos del sector público francés. Finalmente, dentro de los “encargos” públicos, o en buena traducción, contratos del sector público, además de los contratos públicos propiamente dichos y de los contratos privados, existen como sabemos las concesiones.

Pues bien, en este ámbito concreto también se indica:

TROISIÈME PARTIE: CONCESSIONS

Chapitre VII: Règlement alternatif des différends (“Régimen alternativo de diferencias”)

Section 1: Conciliation et médiation (“Conciliación y Mediación”).

Article L3137-1

Les parties à un contrat administratif peuvent recourir à un tiers conciliateur ou médiateur dans les conditions fixées par les chapitres Ier et II du titre II du livre IV du code des relations entre le public et l'administration.

Article L3137-2

Les parties à un contrat de concession de droit privé peuvent recourir à un tiers conciliateur ou médiateur dans les conditions fixées par les dispositions du chapitre Ier du titre VI du livre Ier et du chapitre II du titre Ier du livre V du code de procédure civile.

Section 2: Transaction

Article L3137-3

Les parties à un contrat de concession peuvent recourir à une transaction ainsi que le prévoit l'article 2044 du code civil.

Section 3: Arbitrage

Article L3137-4

Ainsi qu'en dispose le premier alinéa de l'article 2060 du code civil, les autorités concédantes qui sont des personnes morales de droit public ne peuvent recourir à l'arbitrage, sauf dans les cas prévus par la loi, notamment ceux mentionnés par l'article L. 311-6 du code de justice administrative.

Aquí, en las concesiones, y por lo que se refiere a las personas jurídicas de Derecho público, se impide el arbitraje. Lo que significa que en las concesiones, hay una limitación para que los sujetos de Derecho público concedentes (Administraciones Públicas, etc.) se sometan a arbitraje.

Article L3137-5

Le recours à l'arbitrage pour le règlement des litiges opposant des personnes privées dans l'exécution des contrats de concession est possible dans les conditions définies par le livre IV du code de procédure civile.

Se trata pues, de nuevo, de acudir a la fase de ejecución, bien que no se limita estrictamente al ámbito financiero, sino a todas las relaciones que en el seno de la ejecución de una concesión se produzcan entre personas privadas.

Ciertamente, por aplicación del artículo anterior, las personas de Derecho público, no pueden acudir en las concesiones al arbitraje. Lo cual supone una clara limitación. Pero al menos las relaciones entre el concesionario y el resto de los sujetos privados que efectivamente concurren a la ejecución de la concesión, sí podrían someterse a arbitraje. Por ejemplo, con sus suministradores.

E) Balance de la incorporación de la técnica arbitral

Hagamos una reflexión general sobre la incorporación de la técnica arbitral en la legislación de contratos del sector público francesa. A partir de las modificaciones de finales de 2018 (en vigor a partir del 1 de abril de 2019), la vieja prohibición del arbitraje, que lucía con fuerza en el art. 2060 del Código Civil francés, ha concluido, se ha periclitado.

Ahora, paso a paso, se va incorporando el instituto del arbitraje. Y, como acabamos de ver en las concesiones, la decidida apuesta por incluirlos en la “*Ordonnance*” que establece cuál es la legislación aplicable, supone una enorme fuerza multiplicadora de esta técnica.

Hasta aquí nos encontramos con lo siguiente en relación con el Arbitraje:

Da la impresión de que el legislador francés ha acabado por perder todo temor, en este ámbito concreto como es el contractual, a que los arbitrajes se apliquen, aunque sea rompiendo una fuerte inercia. Hay que saludar pues esta notable incorporación. Porque la legislación administrativa francesa, como bien sabemos, ha tenido notable influencia en la española.

No podemos concluir este apartado sin recordar que también el arbitraje internacional tiene su lugar en la contratación en Francia.

El Consejo de Estado es la última instancia jurisdiccional cuando se trata de dirimir la controversia relativa a la apelación o recurso que se interponga contra un laudo arbitral sobre contratación internacional ejecutada en Francia y relativo a una empresa pública francesa. Será *l'arrêt Inserm du 17 mai 2010 (Tribunal des conflits 17 mai 2012, Inserm, requête n°3754)*, el que estableció las bases para que a su vez el Consejo de Estado fuera el competente en los casos de contratación pública.

La apelación o recurso contra un laudo arbitral dictado en Francia en una disputa derivada de la ejecución o incumplimiento de un contrato celebrado entre una persona jurídica regulada por el Derecho público en Francia y una persona de derecho extranjero ejecutada en territorio francés supone que se exige un control de la conformidad del laudo arbitral con las reglas imperativas del Derecho público francés.

La competencia corresponde al Consejo de Estado, no a los Tribunales civiles:

(Dans le prolongement de l'arrêt Inserm du 17 mai 2010 (Tribunal des conflits 17 mai 2012, Inserm, requête n°3754), le Conseil d'Etat, dans un arrêt du 19 avril 2013, a affirmé sa compétence pour connaître d'un recours en annulation contre une sentence arbitrale relative à un marché public lorsqu'elle est rendue en France (i), mais s'est estimé incompétent si la sentence est rendue à

l'étranger (ii). Par ailleurs, il a précisé que le juge administratif était toujours compétent pour connaître d'une demande d'exéquatur d'une sentence relative à un marché public impliquant une personne morale de droit public français).

La nueva Directiva de Contratación (Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (Texto pertinente a efectos del EEE) no utiliza el arbitraje ni se refiere a él... (salvo, justamente, para excluir la aplicación de la contratación como técnica de designación de árbitros, tema que no tiene nada que ver con lo que aquí hablamos, pero que por pura ironía se puede comentar).

Efectivamente, el art. 10 de la Directiva, dice: “Exclusiones específicas relativas a los contratos de servicios”

“La presente Directiva no se aplicará a aquellos contratos públicos de servicios para... c) servicios de arbitraje y de conciliación; ni para d) cualquiera de los siguientes servicios jurídicos: Representación legal de un cliente por un Abogado, en el sentido del art. 1 de la Directiva 77/249/CEE del Consejo en:

— un arbitraje o una conciliación celebrada en un Estado miembro, un tercer país o ante una instancia internacional de conciliación o arbitraje, o

— un procedimiento judicial ante los órganos jurisdiccionales o las autoridades públicas de un Estado miembro, un tercer país o ante órganos jurisdiccionales o instituciones internacionales.”

Si se nos permite una paradoja, o quizás una ironía, las Directivas de concesiones, de contratación y de sectores excluidos establecen que no se aplica la contratación para elegir árbitros (algo normal, desde luego). Pero lo significativo es que se encargan de decirlo. Y luego nada dicen sobre la posibilidad de arbitraje sobre tales contratos.

3. Situación del arbitraje en la contratación pública en España

A) Exigencias contrarias del principio de autotutela administrativa y el carácter revisor del contencioso administrativo

Veamos con carácter general lo que cabe decir del arbitraje en la contratación del sector público en España. La doctrina más autorizada²⁸⁷ se mostraba crítica con la situación en que el arbitraje se encontraba en ese ámbito contractual. En tal sentido A. Dorrego de Carlos cita como la gran enemiga del arbitraje para la administración pública el principio de autotutela (la Administración ejecuta su propio acto por sí misma porque se presume válido, por lo que no necesita impetrar el auxilio de los Tribunales para hacer justicia por su propia mano en la fase administrativa). Pues una vez ejecutado el acto, esperar a la resolución del Juez contencioso sobre ese acto administrativo que

²⁸⁷ A. Dorrego de Carlos, “El arbitraje en los contratos públicos”, *Revista jurídica de Castilla y León*, nº. 29, 2013 (Ejemplar dedicado a: *Arbitraje y Mediación: Problemas actuales, retos y oportunidades*), 18 pp.

se examina en un proceso posterior –igual que se “abría proceso a un cadáver en la Edad Media” como dijo García de Enterría–. El recurso contencioso que interponga el administrado será de carácter objetivo pero no subjetivo ya que no se examinan ni los derechos ni los intereses de las partes, sino cómo se proyecta sobre ellos el acto que luego se disecciona ante el Juez de lo Contencioso.

Y de otro lado, los enormes privilegios de la Administración, desde la vía previa en la fase administrativa, en la que hay que contarle todo a la Administración que así conoce anticipadamente la posible defensa del particular, hasta la exigencia de que luego en el contencioso se examine solamente aquello que se le ha dicho y pedido a la Administración, cerrando toda otra posibilidad de defensa.

Pero en todo caso, ya desde el famoso Decreto de Bravo Murillo de 27 febrero de 1852 se prohibió el arbitraje en la contratación pública, seguido casi sesenta años después por la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública, de 1911, que remitía a una Ley *ad hoc* que con carácter especial permitiera el arbitraje. Y así continuó en el Real Decreto de 4 de noviembre de 1904, que aprobó el Reglamento para la contratación de bienes y servicios y obras de la Marina (“ningún contrato celebrado por la Administración de la Marina, podrá someterse a juicio arbitral”). El 41 de la Ley de Patrimonio del Estado, de 15 de abril de 1964, también decía: *“Para someter a arbitraje las contiendas que se susciten sobre los bienes o derechos patrimoniales, hará falta una Ley que lo autorice”*. Se seguía pues remitiendo a una ley especial y singular de contenido autorizatorio, la habilitación para someterse a arbitraje, lo que nunca sucedió, dicho sea de paso. Luego el art. 54 del Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Contratación del Estado, superando a la propia Ley de Contratos del Estado de 1965 (Texto Refundido), diciendo *“Las transacciones y arbitrajes se sujetarán a los requisitos establecidos en la Ley de Administración y Contabilidad”*, lo que a su vez, volvía a remitir a una Ley *ad hoc* que se dictase, en su caso, para permitir el arbitraje.

La Ley General Presupuestaria, (Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria), hoy record² indicaba *“... no se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los derechos de la Hacienda Pública estatal, ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten respecto de los mismos, sino mediante real decreto acordado en Consejo de Ministros, previa audiencia del de Estado en pleno”*. Es un pequeño paso, al establecer una rebaja en el nivel de exigencia para transigir y ser arbitrado, ya que no hay que acudir al Parlamento, sino que la técnica administrativa de mueve en el ámbito a en su Art. 7.2 “Límites a que están sujetos los derechos de la Hacienda Pública estatal de la organización pública (Consejo de Estado, Decreto, Consejo de Ministros). Algo es algo.

Asimismo, esta idea luce en Art. 31 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas. “Transacción y sometimiento a arbitraje”.

² “No se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los bienes y derechos del Patrimonio del Estado, ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten sobre los mismos, sino mediante real

decreto acordado en Consejo de Ministros, a propuesta del de Hacienda, previo dictamen del Consejo de Estado en pleno”²⁸⁸.

B) Flexibilización por parte del Consejo de Estado

Pero no parece que el Consejo de Estado, en el ámbito doméstico o interno, haya actualizado estos preceptos (en realidad los escasos supuestos suelen ser de contratación

²⁸⁸ En el contrato de transacción, si ha habido algún éxito notable.

Así no me resisto a incluir el texto del Real Decreto 1432/1995, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Acuerdo transaccional entre el Estado y don Juan Negrín Jr. y que en aplicación de la Ley General Presupuestaria y de acuerdo con el Consejo de Estado, concluyó el vidrioso proceso de reintegración de los bienes a los hijos de quien fuera Presidente del Gobierno de la República desde 1937 hasta 1939— y en el exilio hasta 1945— y que dejó una fortuna, para aquella época, considerable («BOE» nº 210, de 2 de septiembre de 1995, pp. 26883 a 26883):

A propuesta del Ministro de Justicia e Interior, previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 4 de agosto de 1995, de conformidad con lo establecido en el art. 39 de la Ley General Presupuestaria y de acuerdo con el Consejo de Estado,

Artículo único. Se aprueba la siguiente propuesta de transacción de la Secretaría General de Justicia del Ministerio de Justicia e Interior.

“1. El Estado y don Juan Negrín Jr., con base en las recíprocas y mutuas concesiones que en esta propuesta se contienen, convienen en celebrar el presente Acuerdo transaccional, al objeto de resolver definitivamente las cuestiones suscitadas por el segundo al primero y evitar toda controversia o litigio judicial que llevaría implícitas evidentes y grandes dificultades.

2. El Estado abonará a don Juan Negrín Jr., como representante de la comunidad de herederos de don Juan Negrín Cabrera, integrada por don Juan Negrín Jr., nacido Juan Heriberto Negrín Fidelman, don Rómulo Negrín Fidelman y don Miguel Heriberto Negrín Fidelman, la cantidad de 287.000.000 de pesetas, como compensación total por los daños y perjuicios que se hayan podido producir como consecuencia de la incautación y administración judicial de los bienes integrantes de la herencia de don Juan Negrín Cabrera, durante el tiempo en que estuvieron en esta situación por aplicación de la Ley de Responsabilidades Políticas.

Dicha cantidad se hará efectiva de la forma siguiente: 180.000.000 de pesetas en el presente ejercicio, con cargo a las dotaciones consignadas en los Presupuestos Generales del Estado para 1995; los restantes 107.000.000 de pesetas se abonarán en 1996, con cargo a las dotaciones de los Presupuestos Generales del Estado para dicho año.

3. Como contraprestación por la indemnización mencionada, don Juan Negrín Jr., en el concepto en que interviene, renuncia expresa y formalmente tanto a la reclamación que tiene formulada al Estado como a cualquier otra anterior o posterior que pueda presentarse o haber sido presentada ante cualquiera de las Administraciones Públicas del Estado español, incluidas las corporaciones e instituciones públicas sometidas a su tutela, o sus órganos, empresas y demás personas jurídicas públicas, en las que pudiera exigirse algún tipo de responsabilidad patrimonial, ya lo sea por haber obrado por mediación de agente especial o por el funcionamiento normal o anormal de sus servicios.

4. En consecuencia con la estipulación anterior, el señor Negrín da por finiquitada la reclamación que tiene formulada ante el Ministerio de Justicia e Interior y cualquier otra de las comprendidas en el apartado anterior.

5. Las partes prestan expresamente su conformidad a esta propuesta de transacción que como acuerdo preliminar suscriben condicionando su efectividad definitiva a su aprobación por el Consejo de Ministros”.

Vid. sobre este contrato aplicado al Derecho público el trabajo del Letrado del Consejo de Estado y Abogado J.L. Palma Fernández, “El contrato de transacción y las Administraciones Públicas. La doctrina del Consejo de Estado”, *Revista de Administración Pública*, nº 169, enero/abril 2006, pp. 337–351.

de ámbito internacional). Es cierto, no obstante, que en línea general el Alto Cuerpo Consultivo sí apuesta por esta técnica.

i) El Consejo de Estado, en su dictamen de 22 de diciembre de 1998 (Número de expediente: 4464/1998 (Economía y Hacienda). Procedencia: Economía y Hacienda. Asunto: Anteproyecto de Ley por la que se modifica la Ley 13/1995, de 8 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas”, decía:

“El Consejo de Estado comparte la opinión de que resultaría conveniente potenciar la figura del arbitraje, que en la actualidad únicamente se prevé con carácter específico en el supuesto de contratos celebrados en el extranjero (art. 117.3 de la Ley 13/1995).

ii) Así, en el dictamen 214/92 (“El Consejo de Estado ha examinado el expediente relativo al “Anteproyecto de Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”) ya se afirmó que el arbitraje constituía “*una pieza importante para dirimir las contiendas que pudieran suscitarse entre los contratistas y la Administración, evitando que llegaran a revestir estado litigioso*” y que sería positivo introducir con carácter general esta institución en el ámbito de la contratación administrativa, en el marco de lo dispuesto por los arts. 39 de la Ley General Presupuestaria y 105.3 del Proyecto de Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (hoy art. 107.2 de dicha Ley).

No deja de ser curioso que estos dos dictámenes no se refieran a asuntos concretos que tenga que expedir el Consejo de Estado, sino que son dictámenes generales... precisamente sobre modificaciones de la Ley de Contratos. Es decir, son dictámenes admonitorios, de advertencia, casi una moción si se quiere. Pero no están resolviendo asuntos ni temas que estén sometidos a opinión del Alto Cuerpo Consultivo. Y es que, hasta la fecha, como tales arbitrajes internos, salvo error, no se encuentran en la doctrina legal del Consejo, expedientes que den luz, o al menos alumbren siquiera un poco, sobre estas posibilidades de arbitraje en el ámbito interno.

C) Evolución de las referencias al arbitraje en la legislación de contratos públicos. Una solución parcial y fragmentaria pero en la línea correcta

La Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, insiste en los mismos términos para el arbitraje doméstico:

Art. 61. *Recursos y arbitraje*. 1. Contra todos los acuerdos que pongan fin a la vía administrativa procederá el recurso contencioso-administrativo, conforme a lo dispuesto en la Ley reguladora de dicha Jurisdicción.

2. El sometimiento a arbitraje se sujetará a los requisitos establecidos en la Ley General Presupuestaria o en las correspondientes normas de otras Administraciones Públicas).

Pero dándose cuenta de que el arbitraje internacional cuenta en un mundo inevitablemente global, unido a la finalidad de atraer inversiones, establecía: Título VII. De la contratación en el extranjero.

Art. 117. *Contratos celebrados en el extranjero.* (...) 3. En los contratos con empresas extranjeras se procurará, cuando las circunstancias lo aconsejen, la incorporación de cláusulas tendentes a resolver las discrepancias que puedan surgir mediante fórmulas sencillas de arbitraje. En estos contratos se podrá transigir previa autorización del Consejo de Ministros”.

Una doble circunstancia, pues. De un lado, que el punto de conexión consista en el lugar de celebración del contrato, que ha de ser en el extranjero. Y de otro lado, que el status de la nacionalidad de la empresa sea, a su vez, extranjera. Porque si se trata de empresas españolas en el extranjero, aun celebrándose fuera de España, se establece, imperativamente aquí, que “2. *En los contratos con empresas españolas se incluirán cláusulas de sumisión a los Tribunales españoles*”.

Como vemos no es tanto la *lex loci contractus* el punto de conexión empleado por el legislador. Se exige una doble coincidencia de puntos de conexión (lugar y nacionalidad). Y si el status nacional es de extranjería, pues entonces se permite la sumisión al arbitraje, para sacudirse de la competencia de los tribunales extranjeros, se previo intento de negociación. Lo que supone una utilización estratégica del arbitraje, amén de un reconocimiento implícito de que los tribunales extranjeros tendrán la lógica tendencia nacional común a todas las jurisdicciones y que, precisamente, el arbitraje supone una instancia más neutral (si se prefiere, anacional) y por tanto, fiable.

Disponía también –bajo el nombre de arbitraje, que no lo era– en el art. 146 que en caso de modificación de obra, si el contratista no estuviera de acuerdo con los precios, se pudiera acudir a una comisión de arbitraje:

2. Cuando las modificaciones supongan la introducción de unidades de obra no comprendidas en el proyecto o cuyas características difieran sustancialmente de ellas, los precios de aplicación de las mismas serán fijados por la Administración, a la vista de la propuesta del director facultativo de las obras y de las observaciones del contratista a esta propuesta en trámite de audiencia, por plazo mínimo de tres días. Si éste no aceptase los precios fijados, deberá continuar la ejecución de las unidades de obra y los precios de las mismas serán decididos por una comisión de arbitraje en procedimiento sumario, sin perjuicio de que la Administración pueda, en cualquier caso, contratarlas con otro empresario en los mismos precios que hubiese fijado o ejecutarlas directamente. La composición de la comisión de arbitraje y el procedimiento sumario para establecer los precios se regularán reglamentariamente.

Sería un procedimiento que pondría fin a la vía administrativa.

El Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en su art. 60. 2., indicaba:

“El sometimiento a arbitraje se sujetará a los requisitos establecidos en la Ley General Presupuestaria o en las correspondientes normas de otras Administraciones públicas”.

Nihil novum sub sole, porque luego respecto de las empresas extranjeras y españolas en contratos celebrados en el extranjero, repetía la fórmula anterior ya vista. Si bien desaparecían las inéditas comisiones arbitrales del art. 146.

Hubo después un momento de importancia en la consolidación de la técnica arbitral con la redacción dada por la Ley 30/2007 de contratos que supone la inauguración de una nueva etapa.

En su art. 39, decía:

“Arbitraje. Los entes, organismos y entidades del sector público que no tengan el carácter de Administraciones Públicas podrán remitir a un arbitraje, conforme a las disposiciones de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, la solución de las diferencias que puedan surgir sobre los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos que celebren”.

Capítulo VI del título I del libro primero modificado conforme establecen los apartados uno y dos del artículo primero de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para adaptación a la normativa comunitaria de las dos primeras (BOE, 9 agosto). Y por ello, pasó, con idéntica redacción a ser el art. 320, el último artículo de la Ley, incluido dentro Libro VI. “Régimen especial de revisión de decisiones en materia de contratación y medios alternativos de resolución de conflictos”.

Ante la necesidad de fundir y unificar todos los textos sobre contratación, se realizó una refundición de los mismos, de conformidad con el art. 82 CE:

1. Las Cortes Generales podrán delegar en el Gobierno la potestad de dictar normas con rango de ley sobre materias determinadas no incluidas en el artículo anterior (materia reservada a las Leyes Orgánicas).
2. La delegación legislativa deberá otorgarse mediante una ley de bases cuando su objeto sea la formación de textos articulados o por una ley ordinaria cuando se trate de refundir varios textos legales en uno solo” (...)
5. La autorización para refundir textos legales determinará el ámbito normativo a que se refiere el contenido de la delegación, especificando si se circunscribe a la mera formulación de un texto único o si se incluye la de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos.

Por tanto, llegábamos al texto refundido de 2011, que pretendía simplificar así la normativa sobre contratación del sector público, unificando en un texto único la totalidad de las normas sobre la contratación. Exagerando un poco, sería algo así como “el Código Civil de los contratos del sector público” ya que consolidaba en un texto único la totalidad de las reglas que regían la contratación y dentro de ese cuerpo normativo aparecía el arbitraje, en la fase de aplicación del contrato, no en la fase inicial, ya que el instituto arbitral se daba como opción para dirimir controversias surgidas en el cumplimiento, extinción y efectos del contrato.

Recordemos: “Art. 50 Arbitraje”. (Antiguo art. 320 de Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y que pasa a esta nueva enumeración tras la habilitación realizada por la Ley de Economía Sostenible).

“Los entes, organismos y entidades del sector público que no tengan el carácter de Administraciones Públicas podrán remitir a un arbitraje, conforme a las disposiciones de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, la solución de las diferencias que puedan surgir sobre los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos que celebren”.

Se excluía a las Administraciones Públicas y haciendo un recuento en la propia Ley (art. 3), suponía que el arbitraje no se aplicaría a los sujetos que la misma calificaba de Administraciones Públicas.

A estos efectos, pero solo a estos efectos de contratación de forma que en otra legislación puede encontrarse otra descripción de lo que sean Administraciones Públicas los siguientes: a) La Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración Local. b) Las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social. c) Las Universidades Públicas. d) Las entidades de Derecho público que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad (por ejemplo Comisión Nacional del Mercado de Valores, Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia), y e) las entidades de Derecho público vinculadas a una o varias Administraciones Públicas o dependientes de las mismas que cumplan alguna de las características siguientes: 1.^a Que su actividad principal no consista en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo individual o colectivo, o que efectúen operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional, en todo caso sin ánimo de lucro, o 2.^a que no se financien mayoritariamente con ingresos, cualquiera que sea su naturaleza, obtenidos como contrapartida a la entrega de bienes o a la prestación de servicios.

No obstante, no tendrán la consideración de Administraciones Públicas las entidades públicas empresariales estatales y los organismos asimilados dependientes de las Comunidades Autónomas y Entidades locales. Y finalmente g) Las Diputaciones Forales y las Juntas Generales de los Territorios Históricos del País Vasco en lo que respecta a su actividad de contratación.

Puede comprobarse que la lista exige en cada caso, casi en una operación de entomología examinar cuando sí o cuando no estamos de frente a una Administración Pública. ¡Y ello suponiendo que a su vez en la legislación sectorial tengan claro cuáles son estos entes!, lo cual no es siempre el caso (por ejemplo, han existido diversas teorías sobre si los Puertos del Estado, son Entidades Públicas Empresariales, y dentro de este sector, por ejemplo, la legislación autonómica sobre Puertos ha ido adoptando, a veces, diferentes calificaciones y denominaciones sobre su naturaleza jurídica). Pero precisamente aquí, en Puertos del Estado, surge la posibilidad de arbitraje cuando se indica (Orden FOM/1698/2013, de 31 de julio, por la que se modifica la Orden FOM/4003/2008, de 22 de julio, por la que se aprueban las normas y reglas generales de los procedimientos de contratación de Puertos del Estado y Autoridades Portuarias: regla 45.5:

“En todo caso, la solución de las controversias relativas al cumplimiento, efectos y extinción de los contratos se podrá someter a arbitraje si así se prevé en los pliegos o en el documento contractual.”

Son precisamente los pliegos los que sirven de sustento al arbitraje en la contratación pública. Permiten así sustraer la competencia de los jueces de lo contencioso-administrativo, atraer inversión extranjera más proclive a participar de las licitaciones cuando concurre un convenio arbitral y solventar las disputas por medio de arbitraje.

Siempre, fijémonos bien, se trata de cumplimiento, efectos y extinción del contrato, no de la selección del contratista, adjudicación que no será materia disponible ni arbitrable. Es decir, el arbitraje, teóricamente, se aplica a las fases ya consolidadas del contrato, no a la manera en que éste surge a la realidad. El procedimiento previo a la adjudicación no se arbitra pues en ningún caso (son actos separables como sabemos bien desde el famoso asunto, hace ya muchos años, del Hotel Andalucía Palace, Tribunal Supremo (con el asunto llamado Auto TS, Hotel Andalucía–Palace de Sevilla, juzgado el 17 de octubre de 1961)²⁸⁹.

4. Consolidación del laudo arbitral frente a Entidades públicas

A) Pretendida anulación de un Laudo por el Ayuntamiento de Leioa: Sentencia TSJ País Vasco: Sentencia nº 11/2017, de 15 noviembre

Un caso de relevancia que debemos destacar es el de la Sentencia TSJ País Vasco, Sentencia nº 11/2017, de 15 noviembre sobre pretendida anulación de un Laudo por el Ayuntamiento de Leioa (Lejona)²⁹⁰ .:

En época de bonanza económica, el Ayuntamiento de Leioa, quiso realizar un macroproyecto urbanístico. Creó para ello una sociedad cuyo socio único era el Ayuntamiento (Leioa Kirolak SAU). Le adjudicó como encomienda de gestión todas las tareas y organización del proyecto, para que mediante oferta de un contrato mixto por el procedimiento abierto de contratación se seleccionara a la empresa contratista que hiciera el proyecto. Para hacer una valoración correcta de todo el procedimiento de selección, a su vez contrató, en otra contratación, a una empresa consultora (ZZZ) que asesoraría al Consejo de Administración de Leioa Kirolak y le prestaría asistencia técnica en todos los aspectos de la adjudicación del contrato, valorando las ofertas de los distintos concurrentes.

²⁸⁹ J.A. García-Trevijano Fos, “Contratos y actos ante el Tribunal Supremo la explotación del “Hotel Andalucía Palace”, de Sevilla”, *Revista de administración pública*, nº 28, 1959, pp. 147–164; *id.*, “Recente evolución de la jurisprudencia administrativa: los actos separables admitidos por el Tribunal Supremo”, *Revista de administración pública*, nº 36, 1961, pp. 227–228.

²⁹⁰ Para ampliar, *vid.* Álvaro Soriano Hinojosa, “Arbitraje, contratación pública y defensa de la competencia (Sentencia /2018 Tribunal Superior de Justicia País Vasco, Sala de lo Civil y Penal, de 30 mayo 2018), *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. XI, nº 3, 2018, pp. 789–816.

Leioa Kirolak inició los trámites administrativos y convocó licitación pública para la adjudicación del contrato con un presupuesto de 50.191.363, 50 € (IVA excluido). En los pliegos del contrato que ofertó Leioa Kirolak se incluía un convenio arbitral para la resolución de los conflictos que pudieran surgir en ejecución de tal contrato. Fue adjudicada dicha contrata a la UTE–Pinosolo (mejor oferta técnica y económica).

La UTE tenía dos socios, XXX de Arquitectura, S.A., y YYY De Sainz, S.A.

Mientras, unos días antes, una tercera empresa que se había presentado al concurso denunció ante la Autoridad Vasca de Competencia que ZZZ había informado ilícitamente a uno de los dos socios de la UTE. Ese intercambio de información se consideró por la Autoridad Vasca de Competencia que constituía un ilícito anticompetitivo.

Fueron condenadas por el Consejo Vasco de la Competencia, de un lado, una de las dos empresas de la UTE (XXX de Arquitectura, S.A.), ya que la otra empresa, YYY De Sainz, S.A., fue absuelta por no haber participado en esa práctica anticompetitiva; y, de otro lado, fue condenada ZZZ Ingeniería.

Llega la crisis económica y golpea fuerte a las Administraciones. El Consejo de Administración de Leioa Kirolak acordó iniciar los trámites para la resolución pactada del contrato, dado que, ante la situación económica existente y sus perspectivas futuras, así como las probables consecuencias derivadas de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (“Ley de Estabilidad Presupuestaria”), no era prudente mantener el contrato.

Sin embargo, mediante escrito la UTE–Pinosolo señala que su voluntad es continuar con la ejecución del contrato y que no contempla la posibilidad de resolución de mutuo acuerdo propuesta desde Leioa Kirolak.

Leioa Kirolak, en consecuencia, adoptó el siguiente acuerdo:

“Proceder a la suspensión temporal de la ejecución del contrato de 1 abril 2011 de la redacción de proyecto, dirección de obra, coordinación en materia de seguridad y salud y ejecución de las obras del nuevo complejo deportivo de Pinosolo.”

Tras diversos incidentes y alegaciones la UTE–Pinosolo solicitó que se le informara del régimen de recursos que procedían contra ese acuerdo de suspensión (y que se le facilitaran las actas completas). Leioa Kirolak contestó que la UTE debía acudir al arbitraje si quería evitar la suspensión del contrato:

“1. Indicar a la Unión Temporal de Empresas compuesta por, XXX de Arquitectura, S.A. y YYY de Sainz S.A. (UTE Pinosolo), que para resolver la controversia relativa a la suspensión del contrato derivada del Acuerdo del Consejo de Administración de Leioa Kirolak, S.A.U. de 22 julio 2014, debe acudir al correspondiente procedimiento arbitral ante la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bilbao, conforme dispone la cláusula 18 del Pliego de Cláusulas Administrativas Generales que rigieron el concurso de redacción de proyecto, dirección de obra, coordinación en materia de seguridad y salud y ejecución de las obras del nuevo complejo deportivo de Pinosolo”.

Leioa Kirolak decide disolverse y así lo ratifica su único socio, el Ayuntamiento de Leioa, asumiendo que el Ayuntamiento sucederá a la sociedad extinguida en todos sus derechos y obligaciones.

Por otro lado, se confirmó judicialmente la sanción *antitrust* a ZZZ y a XXX de Arquitectura, S.A.

Y entonces el propio Ayuntamiento de Leioa decidió *revisar de oficio la adjudicación que había hecho a la UTE, entendiendo que había sido un acto nulo de pleno derecho* (el fundamento de tal revisión de oficio era la nulidad de pleno derecho establecida en la causa g), del art. 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo). Y así fue confirmado por la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi (equivalente al Consejo de Estado).

La respuesta de la UTE, consistió en acudir al arbitraje previsto en el contrato y el Laudo fue impugnado por el Ayuntamiento de Leioa. Lo que interesa, desde la estricta perspectiva de aplicar el arbitraje a la contratación es conocer si efectivamente la Sentencia confirmó el Laudo.

Por de pronto, hubo dos Laudos.

Un primer laudo parcial, anterior, que produce efectos de cosa juzgada (43 LA) y que con carácter previo resolvió que sí podía arbitrase sobre las Administraciones en caso de subrogación en el puesto de la sociedad Leioa Kirolak. El Ayuntamiento de Leioa impugnó el laudo mediante ejercicio de la acción de nulidad (22.3 LA y 41 LA). Negaba validez al Laudo parcial, (limitado, recordemos, solo a conocer si era posible arbitrar sobre Administraciones Públicas en caso de subrogación en la posición de la sociedad pública Leioa Kirolak).

El primer motivo de anulación se interpone por la vía de los apartados a) y e) del art. 41 LA. En concreto, el Ayuntamiento argüía que había iniciado un expediente de revisión de oficio y declaración de nulidad de los acuerdos de adjudicación del contrato. Lo cual conllevaría, en el caso de aprobarse definitivamente esa revisión de oficio, la total nulidad de la adjudicación, con ella la nulidad del contrato y, por pura propiedad transitiva, la del convenio arbitral, ya que caídos aquellos contenidos contractuales, arrastrarían inevitablemente el convenio arbitral que incluía el pliego de cláusulas particulares de la contratación pública realizada entre una extinta sociedad municipal, Leioa Kirolak y la UTE.

También negaba el Ayuntamiento que pudiera mantenerse un arbitraje contra una Administración Pública. Sin embargo, la peculiaridad del caso es que el Ayuntamiento de Lejona había sucedido a una entidad pública (Leioa Kirolak), que tenía el carácter de poder adjudicador, pero no la consideración de Administración Pública. Y el contrato suscrito entre esta entidad y la UTE sometía a arbitraje las controversias que surgieran entre las partes en relación o con ocasión de su ejecución y cumplimiento, así como sobre su eficacia y resolución.

Por lo tanto, no cabe concluir que la imposibilidad del arbitraje contra toda Administración Pública ni siquiera con la prístina LCSP. Pues, conviene reseñarlo, una cosa

es celebrar un contrato y otra, muy distinta, ocupar la posición jurídica de una de las partes contractuales en un contrato.

En el supuesto de autos, la Administración Pública no adjudicó ni celebró el contrato, sino que sucedió en él, pasando a ocupar su posición jurídica, con los mismos derechos y obligaciones, a la entidad que lo había formalizado y que tenía el carácter de poder adjudicador, pero no la consideración de Administración Pública.

Por lo tanto:

- i. No cabe deducir directamente y sin más, a partir de lo establecido en el art. 19.1º LCSP, el carácter administrativo del contrato, pues, como se ha dicho, no es un contrato celebrado por una Administración Pública. Y, como también dijimos en la Sentencia de 15 noviembre 2017, “[...] *una cosa es celebrar un contrato y otra, muy distinta, ocupar la posición jurídica de una de las partes contractuales en un contrato ya celebrado* [...]”.
- ii. Y tampoco se puede afirmar que de la “novación subjetiva del contrato” se pasa a la “novación objetiva” por imperativo legal, y que la ley es tajante al respecto, sin más respaldo o fundamento legal que el representado por la cita del señalado art. 19.1º, cuya simple lectura pone de manifiesto que no existe identidad entre el supuesto de autos y el que forma parte de la norma que se plasma en su enunciado.
- iii. Por último, los efectos extraordinarios y las consecuencias exorbitantes derivados de la “novación objetiva” consecuencia de la “novación subjetiva” aludidas en la demanda no se pueden justificar con la simple aseveración de que “la Administración Pública tiene un status jurídico singular que se proyecta en todas las relaciones jurídicas en las que es parte tiñéndolas en una u otra medida con su propio color. La reglamentación jurídica contractual tiene fuerza de ley entre las partes contratantes, que deben atenerse al contenido preceptivo del contrato ajustando su conducta a lo convenido y atendiendo al cumplimiento no solo de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley (arts. 1091 y 1258 Cc).

La tesis de la parte actora, concretada en la idea de que, tras la sucesión de la posición contratante de Leioa Kirolak, SAU y la asunción por la misma del Ayuntamiento de Leioa, el contrato debe considerarse como administrativo y sometido en sus efectos, interpretación y extinción al Derecho administrativo y al control de la jurisdicción contencioso administrativa, resulta inasumible.

B) El laudo definitivo

El Ayuntamiento de Leioa vuelve a pedir anulación de un segundo Laudo, ya sobre el fondo del asunto. La Sentencia del TSJ del País Vasco de 30 de mayo de 2018 confirmó la validez del laudo y la vigencia del convenio arbitral con los argumentos que expondremos.

El primer motivo de anulación, lo formula el Ayuntamiento al amparo de los apartados a) y e) del art. 41 de la LA 2003 (mismo motivo que el tratado en el primer laudo parcial) por nulidad sobrevenida de la cláusula arbitral derivada de la novación subjetiva que se produjo con la subrogación del Ayuntamiento de Leioa en la posición de la sociedad municipal Leioa Kirolak e imposibilidad de las Administraciones Públicas de someterse a arbitraje.

EL TSJ responde que esta cuestión quedó resuelta –con efectos de cosa juzgada– mediante la Sentencia de 15 de noviembre de 2017. Por deferencia forense, refuta las manifestaciones contenidas en la demanda de anulación del Laudo. En apretada síntesis:

“En el supuesto de autos, la Administración Pública no adjudicó ni celebró el contrato, sino que sucedió en él, pasando a ocupar su posición jurídica, con los mismos derechos y obligaciones, a la entidad que lo había formalizado y que tenía el carácter de poder adjudicador, pero no la consideración de Administración Pública.”

Por lo que no se trata de un contrato celebrado por una Administración Pública ni está impedida la extensión del arbitraje al amparo del art. 39 LCSP.

En todo caso, confirma lo ya dicho anteriormente, esto es, que se trata de un contrato privado, sometido al derecho privado en lo sustancial, sin que se den las circunstancias previstas en la legislación general del Estado (y sus proyecciones autonómicas) para considerar que la mera subrogación modifica la naturaleza del contrato.

Además, el Ayuntamiento había utilizado sus poderes discrecionales para subrogarse en la posición de LEIOA KIROLAK, pues cabían diferentes alternativas a la disolución de la sociedad municipal (i.e. tramitar un plan de corrección) por lo que no se infringía ninguna norma imperativa.

Y es que cuando se celebra un contrato, se acepta por entero la reglamentación de intereses ínsita en el contenido contractual. Porque el empeño en evitar el arbitraje, y la aplicación de la técnica en él incorporada, es un privilegio *ex novo* al novarse subjetivamente el contrato.

Añade, pues, la Sentencia, un elemento que es capital en todo lo que al arbitraje, en general, se refiere. Y ese elemento es la confianza. Confianza, en este caso, de que la sucesión *in loco et in ius* por parte del Ayuntamiento de Leioa en el lugar de su sociedad municipal, era completa y no podía defraudar el *pacta sunt servanda*. Este aspecto se me antoja esencial, ya que la esencia misma de todo el orden en que juegan los arbitrajes no es otro que el de la confianza debida. Y respetarla e imponerla, a mi juicio, es un hallazgo del mayor interés como argumento de refuerzo del mantenimiento del arbitraje, acompañando al carácter privado que se mantiene tras la absorción de la sociedad municipal.

Por eso juzgamos merecedor de aplauso la terminante solución en este punto, que hace la Sala cuando dice:

“La Sala no puede aceptar, en un caso como el de autos, que el “status jurídico singular” de una Administración Pública signifique que esta, por el mero hecho de serlo, tenga el poder de alterar, por su exclusiva y libérrima voluntad, la naturaleza y contenido de la relación contractual, lo que vulneraría principios básicos de derecho, entre otros, el que el proclama que la validez y cumplimiento del contrato no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes (art. 1256 Cc)”.

El segundo motivo de anulación lo formuló el Ayuntamiento al amparo de los apartados a) y f) del art. 41 LA por nulidad sobrevenida del convenio arbitral tras la aprobación definitiva de la revisión de oficio y declaración de nulidad de pleno derecho de los acuerdos por los que se adjudicó el contrato a la UTE–PINOSOLO. Vulneración de los arts. 9.3º y 117.3º CE española.

La Sentencia rechaza esta alegación con un acertado silogismo:

“2.1. No ofrece duda, atendida la argumentación de la parte actora, que para llegar a la nulidad de la cláusula arbitral, como conclusión, antes hay que fijar, necesariamente, tres premisas:

a) Que se ha aprobado definitivamente la revisión de oficio y declaración de nulidad del acto de adjudicación.

b) Que la declaración de nulidad del acto de adjudicación conlleva la declaración de nulidad del contrato.

c) Y que la declaración de nulidad del contrato conlleva, a su vez, la nulidad de la cláusula arbitral.”

Pues bien: en nuestro supuesto, la premisa “a)” ya había ocurrido (existía una declaración “definitiva pero no firme” ya que dichos actos del Ayuntamiento de Leioa están pendientes de impugnación final ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco). No obstante, la “b)” todavía no había sucedido porque la nulidad del acto de adjudicación no era firme. Ello conlleva que la Sala no examine la “c)”:

“De lo que se sigue que la declaración de nulidad del acto de adjudicación es una condición necesaria de la nulidad del contrato pero no suficiente, puesto que para producir tal efecto, además, tal y como establece la norma con toda claridad, ha de ser firme. Y como quiera que el acto acordando la declaración de nulidad de la adjudicación ha sido objeto de impugnación ante la jurisdicción contencioso–administrativa, estando dicho recurso, que se sigue, bajo el nº 243/2017, ante el Juzgado de lo Contencioso–Administrativo nº 3 de Bilbao, pendiente de resolución resulta entonces que la declaración no es firme, y por lo tanto, que el contrato formalizado a consecuencia de dicha adjudicación no puede considerarse nulo”.

Francamente, aunque compartimos la decisión de la Sentencia dictada por el TSJ de País Vasco, disintimos del razonamiento jurídico empleado para rechazar la acción de anulación. Si todo dependiera, como dice la Sentencia, de que el contrato no es nulo porque el Auto declarando la nulidad de la adjudicación no es firme, habría bastado que el Ayuntamiento hubiera alegado la posible existencia de prejudicialidad para suspender la acción de anulación hasta que se resolviera sobre la revisión de oficio.

En realidad, la resolución del TSJ debería ser de mayor calado y resolver, con total tranquilidad, que la nulidad de la adjudicación no arrastra la nulidad del convenio arbitral y, en consecuencia, hay que separar lo que es la adjudicación en sí –que podría ser nula si se confirmara en vía contenciosa– de la mera acción de indemnización por daños y perjuicios que reclama la UTE–Pinosolo al amparo de una resolución contractual y que no se ve afectada por la nulidad de la adjudicación.

Es decir, la independencia del convenio arbitral confirmaría que la decisión que se adoptara en la vía contencioso–administrativa no arrastraría la nulidad del convenio arbitral y, menos aún, del Laudo.

El tercer motivo de anulación esgrimido por el Ayuntamiento reside en el apartado f) del art. 41 LA: la tan manida alegación de orden público. En este caso, por no haberse tenido en cuenta la infracción del Derecho comunitario en materia de contratación por la infracción de la normativa del derecho de la competencia.

Recordemos que la sanción impuesta por el Consejo Vasco de la Competencia fue anulada parcialmente por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en cuanto a la orden impuesta a Leioa Kirolak –y, por ende, al Ayuntamiento– de abstenerse de abonar las indemnizaciones derivadas de la resolución del contrato por el que se adjudicó la construcción del complejo deportivo a la UTE Pinosolo. La razón no era otra que evitar la intromisión del Consejo Vasco en competencias propias del órgano adjudicador, pues

“... incoado en octubre de 2012 por el Presidente de Leioa Kirolak expediente de resolución del contrato por mutuo acuerdo, el acto que lo puso fin y la eventual indemnización que en su caso se hubiere fijada a favor de la aquí recurrente, no pueden ser privados de eficacia mediante la resolución sancionadora, sin perjuicio de que la contratante, si lo estima oportuno inicie procedimiento para su revisión”.

Esa revisión de oficio a la que animaba la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia se aprobó por el Ayuntamiento de Leioa el 20 de junio de 2017 y no había adquirido firmeza al momento de dictarse la Sentencia de 20 de mayo de 2018 por el TSJ desestimando la acción de anulación.

Este tercer motivo es desestimado por el TSJ a partir de dos consideraciones:

(a) “La infracción señalada, por otro lado, tampoco guarda directa e inmediata relación con el contenido del contrato, no puede considerarse resultado o producto de alguna o algunas de sus cláusulas o condiciones, que en realidad no se cuestionan, sino que tiene que ver con su adjudicación, que es una faceta del proceso de contratación sobre la que, al igual que ocurre con lo referido a su preparación, el árbitro carece de competencia.”

(b) “Y finalmente, aunque la declaración de nulidad de la adjudicación del contrato (provisional y definitiva) fue acordada por el Ayuntamiento de Leioa antes de dictarse el laudo, como quiera que no era firme, al haber sido recurrida ante la jurisdicción contencioso administrativa, no conllevó ni produjo como efecto la del contrato mismo, que, así las cosas, seguía, al momento de pronunciarse el árbitro, conservando su validez.”

En realidad, el motivo de rechazo es el “a)” pues el “b)” lo formula el TSJ en términos hipotéticos. Y, además, siempre podría saldarse, como hemos anticipado, por la figura de la prejudicialidad que evitaría la posibilidad de que se dictaran Sentencias contradictorias.

En efecto, el motivo cardinal en el que debemos centrarnos es el “a)” pues la infracción del derecho de la competencia cometida por una de las dos empresas que conforman la UTE Pinosolo ya tuvo su propia sanción económica por el Consejo Vasco de la Competencia (45.000 euros).

La realidad es que aunque adquiriera firmeza –que es posible que la adquiriera– la anulación de la adjudicación no arrastrará la nulidad del convenio arbitral. Aunque es cierto que funcionan como círculos secantes, el proceso de adjudicación tiene sus propios medios impugnatorios y la resolución contractual sus remedios indemnizatorios. En esta parte no secante, cada uno de los procesos tiene su propia autonomía; una cosa son las indemnizaciones que resulten de un proceso arbitral con motivo de la resolución contractual y otro distinto que se anule el proceso de adjudicación. Así, pues, la nulidad del contrato no implicaría la del convenio arbitral.

Así, con anterioridad a la nulidad del proceso de adjudicación, la UTE Pinosolo ya había realizado determinados trabajos que debían ser abonados por el Ayuntamiento de Leioa. La autonomía del convenio arbitral se erige aquí como protector de una parte (la UTE Pinosolo) que, aunque uno de sus componentes había infringido el derecho de la competencia, no todo el grueso que conforma la actuación de la UTE Pinosolo –trabajos de construcción– debía ser anulado.

Como conclusión a esta Sentencia, debemos indicar que es ese principio básico, la autonomía e independencia del convenio arbitral, el que impide en este caso que el Ayuntamiento de Leioa pueda, al albur de su poder discrecional, extinguir un contrato y evitar abonar las consecuencias de esa resolución por mucho que se hubiera infringido el derecho de la competencia durante el proceso de adjudicación.

E insistimos, aunque compartimos la decisión de la Sentencia dictada por el TSJ de País Vasco, disintimos del razonamiento jurídico empleado para rechazar la acción de anulación. Si todo dependiera, como dice la Sentencia, de que el contrato no es nulo porque el Auto declarando la nulidad de la adjudicación no es firme, habría bastado que el Ayuntamiento hubiera alegado la posible existencia de prejudicialidad para suspender la acción de anulación hasta que se resolviera obre la revisión de oficio.

En realidad, la resolución del TSJ debería ser de mayor calado y resolver, con total tranquilidad, que la nulidad de la adjudicación no arrastra la nulidad del convenio arbitral y, en consecuencia, hay que separar lo que es la adjudicación en sí –que podría ser nula si se confirmara en vía contenciosa– de la mera acción de indemnización por daños y perjuicios que reclama la UTE–Pinosolo al amparo de una resolución contractual y que no se ve afectada por la nulidad de la adjudicación.

Es decir, la independencia del convenio arbitral confirmaría que la decisión que se adoptara en la vía contencioso–administrativa no arrastraría la nulidad del convenio arbitral y, menos aún, del Laudo.

Con todos sus inconvenientes, esta solución permite avanzar en la ardua tarea de utilizar el arbitraje como medio de solución de controversias en la contratación pública y, en menor medida, cuando enfrente a las administraciones públicas. Ciertamente de forma limitada, ni siquiera expansiva. Pero habría permitido una consolidación, con lo que, paso a paso, se habría hecho un hueco en las técnicas de solución de conflictos, el instituto arbitral.

C) Conclusiones que pueden extraerse del asunto *UTE–Pinosolo*: Sentencia 5/2018 Tribunal Superior de Justicia País Vasco (Sala de lo Civil y Penal) de 30 mayo 2018

La Sentencia 5/2018 Tribunal Superior de Justicia País Vasco (Sala de lo Civil y Penal) de 30 mayo 2018 reúne tres materias complejas en sí mismas y que juntas elevan esa complejidad: contratos del sector público, arbitraje y antitrust.

La *lección principal* que se puede extraer es la siguiente: el arbitraje gana terreno en el plano judicial al permitirse que se aplique a contratos en los que, finalmente, sea directamente una Administración Pública la que figure como parte contratante (Ayuntamiento).

En este caso, la peculiaridad que no permite abrazar *ad integrum* la teoría de la expansión del arbitraje a las administraciones públicas es que el convenio arbitral lo suscribió una empresa pública pero, tras su desaparición, el Ayuntamiento de Lejona se subrogó en la posición que este empresa pública mantenía con el contratista y en la que se prevía que la resolución de conflictos se resolviera mediante arbitraje.

Pero, hay que insistir, al final la Sentencia del TSJ del País Vasco establece que una Administración Pública (municipal en este caso) tiene que estar al resultado de un arbitraje cuando la Ley aplicable (Texto Refundido de Contratos del Sector Público de 2011) preveía el arbitraje solamente *para los entes, organismos y entidades del sector público que no tengan el carácter de Administraciones Públicas* (ue podrán remitir a un arbitraje, conforme a las disposiciones de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, la solución de las diferencias que puedan surgir sobre los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos que celebren). Se amplía así el campo de aplicación del arbitraje al permitir que los conflictos entre un contratista y una Administración Pública –por mucha subrogación que medie– se sometan a arbitraje.

El significado a aprender es que el arbitraje tiene una fuerza expansiva, que va más allá de la estricta interpretación literal y que en relación con el contexto (art. 3 del Código Civil sobre interpretación de las normas) obliga a interpretar de acuerdo con la realidad social y el fin de la norma. Y esa realidad social y fin de la norma hoy exige que los instrumentos alternativos de solución de controversias alcancen inclusive a las propias Administraciones Públicas.

En la actual Ley de Contratos del Sector Público, Ley 9/2017, guarda silencio sobre la aplicación del arbitraje (salvo para contratos en el extranjero). Ese silencio debe interpretarse como que no se limita el arbitraje a los entes que no tengan el carácter

de Administraciones Públicas: eso significa que si en los Pliegos de Condiciones particulares un poder adjudicador incluye el arbitraje, *hoy este puede alcanzar a las propias Administraciones Públicas. No se limita a los entes públicos no Administraciones*.

5. El silencio sobre el arbitraje doméstico en la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público

Y con ello, llegamos a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. Aquí ha desaparecido en el ámbito material de la regulación de la Ley la (escueta) referencia al arbitraje que se contiene en el tradicional artículo trasunto del art. 320 del texto refundido. Es una Ley que tiene por objeto armonizar la legislación española y la comunitaria, en particular, transponer al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

La primera referencia al arbitraje que contiene esta Ley es para indicar que se excluyen de su ámbito de aplicación (art. 11) *“contratos relativos a servicios de arbitraje y conciliación quedan excluidos de la presente Ley”*. Lo que se extiende (art. 19) al delimitar el ámbito general de aplicación de la norma

“(…) no se consideran sujetos a regulación armonizada, cualquiera que sea su valor estimado, los contratos siguientes [...] La representación y defensa legal de un cliente por un procurador o un abogado, ya sea en un arbitraje o una conciliación celebrada en un Estado o ante una instancia internacional de conciliación o arbitraje, o ya sea en un procedimiento judicial ante los órganos jurisdiccionales o las autoridades públicas de un Estado o ante órganos jurisdiccionales o instituciones internacionales.”

En esencia, no estará sujeto a esta norma los contratos que suscriben las Administraciones Públicas con despachos de abogados en la defensa de los intereses de éstas.

Pero resueltamente, el arbitraje tradicional, aunque era de carácter (casi) inédito desaparece del texto legal. Aquí caben dos interpretaciones que antes apuntábamos:

- i. Una restrictiva del arbitraje: Y es que el rechazo a la utilización del mecanismo arbitral, especialmente si tenemos en cuenta –e inevitablemente hay que tenerlo en cuenta dadas las fechas de la Ley– el profundo malestar gubernamental con la experiencia internacional en el sector fotovoltaico, hidráulico y termosolar, unido al rechazo de la Comisión a los arbitrajes de inversión y la ausencia de una regulación concreta en las directivas transpuestas, ha provocado la desaparición del arbitraje en el texto de la norma que ha alcanzado a laminar prácticamente todo impulso de promoción del arbitraje.
- ii. Una que amplía la posibilidad del arbitraje a las Administraciones Públicas: con la eliminación del art. 320 TRLCSP 2011 también se elimina la prístina prohibición de que las Administraciones Públicas se someran a arbitraje. No era necesario plasmar en la Ley 9/2017 una habilitación concreta porque era redundante.

No existe prohibición alguna del arbitraje en contratación pública como para que sea imprescindible contar con una norma habilitante.

En cualquier caso, en la fase previa a la adjudicación del contrato, consideramos que es una materia indisponible e insusceptible de someterse a arbitraje, ya que es un procedimiento administrativo que tiene que aceptar tanto la legislación de contratos, como la propia del procedimiento administrativo. Pero, en teoría al menos, sí cabría estipular el arbitraje en la fase de cumplimiento (ejecución), efectos y extinción.

De nuevo la incorporación en los Pliegos de convenios arbitrales, sería una opción que permitiría reforzar la segunda interpretación ofrecida. Además estaría en manos de la Administración sin que hiciera falta que el legislador se ocupara de ello ya que es un ámbito estrictamente administrativo.

Porque la nueva legislación se preocupa de fijar posición y establecer solamente lo que hace al arbitraje con un punto de conexión de extranjería.

En efecto, hoy se refiere a la Disposición adicional primera. Contratación en el extranjero:

“2.En los contratos con empresas españolas se incluirán cláusulas de sumisión a los Tribunales españoles.

3. En los contratos con empresas extranjeras se procurará la incorporación de cláusulas de sumisión a los Tribunales españoles para resolver las discrepancias que puedan surgir. Cuando no sea posible, se procurará la incorporación de cláusulas de arbitraje. En estos contratos se podrá transigir previa autorización del Consejo de Ministros o del órgano competente de las Comunidades Autónomas y entidades locales”.

Una vez más, es el doble ámbito de contratación en el extranjero y status nacional o foráneo, el que permite utilizar la técnica del arbitraje o en su caso de la transacción.

Y no vamos a repetir lo que hace ya una década parecía estar claro y prosperar. Nos encontramos de nuevo ante una figura ya familiar, y a la que sigue faltando el impulso necesario, al estilo francés ya indicado, para avanzar y consolidarse. Pero esto ya resulta *Déjà vu*.

6. Conclusiones respecto al arbitraje y la contratación pública

Tiene interés examinar el derecho francés dado que el origen mismo del Derecho administrativo en que se insertan los contratos del sector público procede de Francia. Incluso el rechazo a la utilización del arbitraje en Derecho público, procede de la prohibición en el propio Code Civil francés.

En Francia y en España, se ha distinguido siempre entre Contratos Públicos de Derecho público (dicho así, genéricamente) y Contratos Públicos de Derecho Privado. Básicamente los contratos públicos (antiguos contratos del Estado) eran fundamentalmente obra, servicio y suministro. Esto ayudaba a evitar el arbitraje, ya que en los contratos

públicos se ponía en juego la autoridad del Estado, por lo que difícilmente se admitía su sometimiento al arbitraje, dada la visión tradicional de las prerrogativas y potestades que acompañaban al Estado y por extensión al resto de sus Administraciones Públicas. Esto no es común en otros países de la UE. En Alemania, por ejemplo, existe contratación realizada por el sector público y sin embargo aplican directamente sin más el derecho privado común.

Sin embargo, en España y en Francia siempre se consideraron las concesiones como formas de prestación de actividades, obras e incluso de bienes del Estado (concesiones demaniales, por ejemplo, instalaciones en zona portuaria en Puertos del Estado), que nacían siempre de contratos. El contrato en España y Francia siempre estuvo en el origen del otorgamiento de una concesión, mientras que en Alemania era más bien una técnica de cooperación con la Administración Pública que no exigía de contrato alguno.

Pero tampoco las concesiones admitían en España y Francia la utilización del arbitraje como forma de solventar conflictos.

En la UE no se establece la posibilidad en las Directivas de incluir el arbitraje como forma de solucionar conflictos contractuales públicos, pero tales normas son “*de minimis*” lo que supone que puede incluirse este mecanismo en la legislación nacional de los Estados Miembros.

Por ello, precisamente en Francia se ha producido un cambio importante: de ser un tema marginal en que el *Conseil d'État* rechazaba el arbitraje se ha pasado a una aceptación notable en las modificaciones recientes. Definitivamente a finales de 2018, se ha incluido de forma matizada según los contratos, la opción del arbitraje.

Hasta aquí nos encontramos con lo siguiente en relación con el Arbitraje:

Así: en *acheteurs de droit public*, esto es, cuando la adquisición de bienes o realización de una actividad contractual, se rige por el Derecho público, cabe el arbitraje, con cualquier persona o sujeto de Derecho público (Estado, Entes Locales, Organismos Autónomos) en relación con la ejecución financiera de los mismos, esto es, en relación con las disputas sobre la liquidación económica de los contratos. Y para ello, expresamente, derogan la prohibición que contenía, nada menos, el propio Código Civil en el art. 2060.

Recours à l'arbitrage par les acheteurs de droit privé, contratos de derecho privado, es más amplio el campo de aplicación del arbitraje ya que se refiere, en estos contratos de derecho privado, a la posibilidad de incluir el arbitraje en términos generales.

En el caso de los PPP (Colaboración Público–Privada) cabe arbitraje en lo referido a la ejecución de tales contratos. Cabe también en la subcontratación para resolver los problemas derivados de esta actuación contractual, yendo, “aguas abajo” en la búsqueda de soluciones flexibles en todo el iter contractual.

En las concesiones, como excepción, no caben en principio; aunque queda limitada-mente abierta esa posibilidad si lo prevé una ley, que será normalmente ley sectorial esto es, la que establece concesiones de conformidad con un ramo concreto de la actividad administrativa, por ejemplo si lo prevé una ley sobre concesiones demaniales –es un ejemplo posible pero no contrastado, o si lo prevé, en su caso, la ley de puertos o la de cualquier actividad en la que la ley desee proceder a establecer el arbitraje–. Ahora

bien, en lo que hace ya a las relaciones del concesionario con terceros, por ejemplo, proveedores, sí cabe el arbitraje.

La conclusión final es que en Francia se han dado pasos muy importantes en la flexibilización de las técnicas de solución de conflictos. Con carácter general, es expansiva la idea de mediación y conciliación; se apunta también a la transacción en muchos supuestos y, finalmente, el arbitraje se sitúa ya en un orden bastante generalizado de solución extrajudicial de controversias.

Da la impresión de que el legislador francés ha acabado por perder todo temor, en este ámbito concreto como es el contractual, a que los arbitrajes se apliquen, aunque sea rompiendo una fuerte inercia.

Cuando se trata de arbitraje internacional, el Consejo de Estado es la última instancia jurisdiccional cuando se trata de dirimir la controversia relativa a la apelación o recurso que se interponga contra un laudo arbitral sobre contratación internacional ejecutada en Francia y relativo a una empresa pública francesa. Será *l'arrêt Inserm du 17 mai 2010 (Tribunal des conflits 17 mai 2012, Inserm, requête n°3754)*, el que indique que en contratos públicos la competencia corresponde al Consejo de Estado, no a los Tribunales civiles.

La nueva Directiva de Contratación (Directiva 2014/24/UE del Parlamento europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (Texto pertinente a efectos del EEE) no utiliza el arbitraje ni se refiere a él... Pero es una Directiva “*de minimis*” esto es que puede ser superada por la legislación interna de los Estados Miembros.

En España señala la doctrina las dificultades surgidas desde la historia y desde el carácter revisor del contencioso-administrativo basado en el privilegio de la autotutela de la Administración Pública para aceptar el arbitraje. Lo que se ha considerado natural, también en la contratación pública, es que se acuda a resolver las cuestiones a la jurisdicción contencioso-administrativa si se trata de contratos públicos (dicho genéricamente) y en todo caso, incluso en contratos privados, con actos separables en la generación del contrato (Asunto Auto TS, Hotel Andalucía-Palace de Sevilla, juzgado el 17 de octubre de 1961) que también se examinan en la jurisdicción contencioso administrativa.

Desde el Decreto de Bravo Murillo de 27 de febrero de 1852, pasando por toda la legislación citada *ut supra*, ha existido una enérgica oposición al arbitraje en la contratación pública.

Hoy el Consejo de Estado español recomienda su utilización incluso en el ámbito nacional o doméstico. En el ámbito internacional, es obvio que depende de los diferentes Tratados Internacionales.

En la legislación española, desde las modificaciones instauradas por la Ley 30/2007 de contratos, parecía que supone la inauguración de una nueva etapa. En su Art. 39, decía: “Arbitraje. Los entes, organismos y entidades del sector público que no tengan el carácter de Administraciones Públicas podrán remitir a un arbitraje, conforme a las disposiciones de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, la solución de las

diferencias que puedan surgir sobre los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos que celebren”. Luego art. 320 en el Texto Refundido de 2011.

Pese a que estaba limitado a la fase de efectos, cumplimiento y extinción, era una posibilidad que además podía ser aplicada por las Comunidades Autónomas, incluso en desarrollos legislativos, y con aplicación directa por los Entes Locales.

Hubo algún caso de interés. Puede completarse este trabajo con mi estudio sobre la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sentencia nº 11/2017, de 15 noviembre sobre pretendida anulación de un Laudo por el Ayuntamiento de Leioa (Lejona).

La nueva Ley (Ley 9/2017 de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público que desarrolla Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014) calla respecto del arbitraje en el ámbito doméstico. Quizás la incorporación posible en los Pliegos de Cláusulas administrativas de la contratación, sería una opción, que además estaría en manos de la Administración sin que hiciera falta que el Legislador se ocupara de ello ya que es un ámbito estrictamente administrativo.

Porque efectivamente, la nueva legislación se preocupa de fijar posición y establecer solamente lo que hace al arbitraje con un punto de conexión de extranjería.

En efecto, hoy se refiere a la institución arbitral la Disposición adicional primera. “Contratación en el extranjero, “En los contratos con empresas españolas se incluirán cláusulas de sumisión a los Tribunales españoles”.

En los contratos con empresas extranjeras se procurará la incorporación de cláusulas de sumisión a los Tribunales españoles para resolver las discrepancias que puedan surgir. Cuando no sea posible, se procurará la incorporación de cláusulas de arbitraje. En estos contratos se podrá transigir previa autorización del Consejo de Ministros o del órgano competente de las Comunidades Autónomas y entidades locales”.

En realidad, esto ya era conocido en la anterior legislación. Es algo ya visto. Y la falta de incorporación de una redacción como el art. 320 del Texto Refundido de 2011, supone un retraso. Unido al dato, antes expresado, de que en la versión de 2011 se apostaba en los contratos con empresas extranjeras por el arbitraje en primer término, habiéndose colocado ahora en último lugar, lo que supone un caso claro, una subordinación que no favorece el arbitraje.

La doctrina profesional y académica, con el apoyo de instituciones como el Consejo de Estado, tiene que luchar por recuperar en una primera fase ese texto; en una segunda por procurar incorporarlo a los Pliegos de Cláusulas Administrativas en sectores, quizás empezando por los menos conflictivos para ir consolidando posiciones. Y finalmente, convencer, difícil tarea, a las propias Administraciones de que, al menos en determinados umbrales, esa agilización puede resultar muy útil para la propia Administración en las fases de ejecución, extinción y efectos.

VII. Rasgos privativos y autónomos del arbitraje administrativo

¿Debería ser el arbitraje administrativo una simple proyección del arbitraje privado tradicional? Las notas clásicas del arbitraje se fundan en torno a la voluntariedad, manifestación a su vez de la autonomía de la voluntad, expresión clara de la libertad individual. Y que se refleja en la ausencia de escrutinio por parte de los tribunales ordinarios salvo en las situaciones que describe la propia LA 2003 (acción de anulación y revisión).

La cuestión que en este punto inmediatamente aparece, es si cabe entender que es posible afirmar dentro de la Administración una formación de voluntad que permita reconocer como voluntaria la aceptación del arbitraje. Y puesto que la Administración es un complejo orgánico, lo que realmente se produce, al igual que en las personas jurídicas, *ad exemplum* las sociedades, es una aplicación precisa de una predeterminada regla de Derecho que impone el arbitraje.

Regla que, en este caso, a su vez, por los expresados principios contingentes a la Administración – principio de legalidad, reserva de jurisdicción, interés general, eficacia... – supone resueltamente que esa pauta, proyección de alguna norma con fuerza y eficacia de Ley, es la que, en una suerte de silogismo lógico, acaba imponiendo el arbitraje. Puede verse con exactitud una secuencia semejante en el derecho de la contratación, donde actualmente se indica –como hemos visto– que en los contratos con empresas extranjeras se procurará la incorporación de cláusulas de sumisión a los Tribunales españoles para resolver las discrepancias que puedan surgir. Cuando no sea posible, se procurará la incorporación de cláusulas de arbitraje. En estos contratos se podrá transigir previa autorización del Consejo de Ministros o del órgano competente de las Comunidades Autónomas y entidades locales.

Es decir, es la propia Ley la que fija cuál será la regla de Derecho que se aplique, cuál será su ámbito, en definitiva, cómo y cuándo se abaten los tradicionales privilegios que adornan a la autotutela. Es necesaria, pues, la existencia de una norma con rango de Ley para permitir que las Administraciones Públicas –en general, no las referidas en la LCSP–. Ley o Tratado, naturalmente, si pensamos también en la sumisión al arbitraje internacional.

En definitiva, procede indicar que será la ley o norma de eficacia legal la que determine la sujeción a arbitraje, abdicando de la voluntariedad clásica, ya que, en definitiva, no hay más voluntad para la Administración que la propia Ley determinante de su puesta en marcha en una acción o actividad concreta. Será un acto de ejecución del presupuesto legal el que en su caso determinará la involucración en el arbitraje por parte de las Administraciones Públicas, haciendo abstracción del principio de voluntariedad.

Derivado de ello, con naturalidad, es que el posible arbitraje sobre la Administración ha de ser arbitraje de Derecho, que es el que mejor se acomoda al principio de legalidad. Si ya cuesta aceptar, en general, el arbitraje en Derecho público, resulta mucho más complicado admitir que sea el “buen saber y entender” de árbitros el que decida sobre el fondo del asunto de intereses públicos, aunque éstos, por definición, sean de los que

se puede calificar de disponibles, normalmente ligados a una actividad discrecional, aunque no siempre (puede ocurrir que sobre ámbitos reglados lo que se arbitre sea precisamente el alcance de la interpretación sobre las mismas).

Otro principio sobre el que habrá de volver, es el de la disponibilidad, ya que el arbitraje sabemos bien que no puede recaer sobre asuntos que no sean disponibles por el sujeto que se somete a arbitraje. No valdría así, remitir al arbitraje sobre una cosa indisponible (por ejemplo, en materia de contratación, la adjudicación o las bases), ya que por esta vía fácilmente se puede incurrir en fraude de ley, puesto que sería el punto de apoyo para saltar sobre tal prohibición legal.

Asimismo, rompe el esquema tradicional del contencioso, la libertad de formas que flexiblemente se admite en el proceso arbitral. Esta excepción resulta chocante para las mentalidades establecidas, que ven en esta *striking exception* un terreno incómodo donde litigar. Acostumbradas como están a ritos que determinan con firmeza el cauce procesal, los letrados de las Administraciones Públicas, están claramente desacostumbrados a esta técnica. Con lo cual, su aprecio por el habitual *status quo* aumenta, ya que se encuentran confiados, seguros, en sus formas usuales, que tan familiares les resultan y tantos beneficios les reportan.

Si adoptamos un elemento de comparación, basta asomarse a los programas de oposiciones de tales Letrados para comprobar cuan escaso es el capítulo correspondiente al arbitraje. Y ello se traduce también en las dificultades que afrontan actualmente en litigios, especialmente internacionales, en los que el arbitraje es el sistema de solución de conflictos y al que tradicionalmente tales funcionarios han sido ajenos.

Incluso, si se me permite, la celeridad con la que son resueltos estos asuntos mediante la técnica arbitral, comparada con la geológica velocidad judicial, resulta algo extraño, dificultoso para tales funcionarios y sus mandantes (en especial, en materia administrativa sectorial de escasa cuantía, pues los procedimientos arbitrales comerciales o de inversión de elevada complejidad son también excesivamente lentos). Están acostumbrados a una manera de proceder en que cada escalón del proceso tiene su propio peldaño de subida, que hay que solventar de una manera que tiene poco que parangonarse con la rapidez y flexibilidad del arbitraje, de la inducción con la que los árbitros dirigen el proceso, la celeridad y agilidad con la que se resuelven múltiples aspectos, prueba incluida, en fin, todo lo que acaba de una u otra manera siendo una forma más ágil y práctica de resolver los conflictos, buscando realmente la verdad, más allá de la forma.

En definitiva, ni el monopolio jurisdiccional aparente ni la vinculación al interés general, impiden que en determinados supuestos en que haya que precisar el contenido de ámbitos disponibles por las Administraciones y eso quedó acreditado en el estudio de la jurisprudencia constitucional. Pero en general, la propia actitud de administradores y sus asesores, letrados, consejeros, apunta más bien, al rechazo del arbitraje. Como denota buena parte de la doctrina, quizás lo ideal sería disponer de una ley sobre arbitraje sobre las Administraciones²⁹¹.

Al final lo que se exige, en realidad lo único que se exige, es que ante la eventualidad de una posible situación en exceso que pusiera en riesgo cualquier principio, norma o

²⁹¹ J. Tornos Mas, *op. cit.*, pp. 84 ss.; C. Esplugues Barona, *op. cit.*, p. 182.

técnica constitucional, sea revisada mediante anulación, por un Tribunal judicial, lo que desde luego es siempre el caso, eliminando así, respecto de la Administración Pública, cualquier elemento de inconstitucionalidad.

No se tratará en ningún caso de un enjuiciamiento normalizado ante la jurisdicción contenciosa administrativa, al uso de lo que se acostumbra en relación con la impugnación de reglamentos y actos administrativos. Será la impugnación habitual de un arbitraje que en esta ocasión se dará en relación con las Administraciones. De lo único que se trata es de asegurar que en ningún caso podrá existir una decisión equivalente jurisdiccional que pueda introducirse en el tejido jurídico sin un eventual control judicial si legalmente fuera necesario. Eso es todo, nada más, pero tampoco, nada menos.

Y coadyuva firmemente en esta idea el que exista sin duda alguna, el arbitraje internacional, en el cual, el Tratado correspondiente cubre el papel que, internamente, corresponde a la Ley. No existe razón alguna, ni argumento serio, para admitir el enjuiciamiento arbitral del Estado en el ámbito internacional y negarlo *interna corporis*.

Al igual que es necesario un Tratado (o la norma derivada del Derecho Europeo en su caso, al que se superpone en este ámbito la ratificación interna por cada Estado miembro), para poder enjuiciar en un arbitraje al Estado, con idéntica razón si existe Ley, ésta cubre el mismo papel que el Tratado para permitir el sometimiento de las Administraciones Públicas.

Por idéntica razón y argumentación, podría indicarse que lo que va a ser objeto de arbitraje es una actitud, comportamiento o conducta, a veces un simple acto, de la Administración Pública. Lo que tendrá que observarse con detenimiento es el ámbito legal, lo que diga la ley.

Será la ley que habilite el arbitraje la que tenga que precisar hasta dónde, cómo, qué extensión, los límites de esa entrega al arbitraje y sometimiento de las Administraciones y sus apéndices. Y ahí es donde deberá ser examinado el tema concreto. Pero las razones de fondo para someter a arbitraje una actuación de la Administración Pública permanecen idénticas, sea para abordar el arbitraje internacional, sea para abordar el arbitraje interno. Las mismas cautelas, como son el interés general, reserva de jurisdicción, principio de legalidad, operarían en uno y otro caso.

Cuando el Estado y sus Administraciones operan en el ámbito internacional sometiendo a arbitraje, están realizando una operación del mismo alcance que cuando lo hacen en el ámbito doméstico. Esas Administraciones que van a ser enjuiciadas internacionalmente por árbitros, estarán actuando basándose en el interés general, e igualmente estarán siempre ejecutando sus actuaciones con plena sujeción al principio de legalidad. No existe una metamorfosis de las Administraciones Públicas a la hora de actuar en relación con inversores extranjeros, y las mismas técnicas aplicables como son el principio de confianza legítima, técnica expropiatoria, responsabilidad de las Administraciones Públicas, juegan aquí por igual.

Hemos examinado con amplitud la perspectiva interna del Estado y sus Administraciones en relación con el arbitraje. El esfuerzo se ha centrado en el estudio y revisión de esa difícil pareja ya que es indudable que el Poder busca de forma indefectible evadirse de cualquier apresamiento sobre sus decisiones, que tienden a constituirse en espacios

libres del Derecho donde la emancipada voluntad política, trasladada a su aparato organizativo, acaba de forma inevitable rigiéndose por un decisionismo incompatible con el sometimiento a control, fiscalización y exigencias de responsabilidad y de accountability o dación completa de cuentas.

Y sin embargo, la idea de que el Estado, en su ámbito doméstico, juegue y despliegue todos sus potestades, activas y pasivas, en relación con el arbitraje, es algo perfectamente aceptable según se ha probado en el examen de la jurisprudencia la constitucional. Ciertamente, la calificación definitiva del arbitraje como equivalente jurisdiccional, implica unas posibilidades que permiten, si así algún día se estima conveniente en el plano político, incluir una Ley sobre Arbitraje del Estado. Hemos visto que no repugna en absoluto, cuando se ha adoptado esa fundamental determinación, concluir que cabe que el Estado arbitre y sea arbitrado. Ambas opciones han estado entre las decisiones del Legislador y ambas han superado el control de constitucionalidad.

La primera opción, que el Estado arbitre, pese a las dificultades que teóricamente ha encontrado, se ha podido establecer y encontró apoyo tanto en la jurisprudencia constitucional como en la ordinaria, y dentro de ésta en la jurisdicción civil y en la contenciosa. En ambas, fueron contestes los jueces en afirmar que la Administración puede ejercer su papel de árbitro perfectamente.

Y ello a pesar de que, en el ejercicio de tal arbitraje, se daban, y se pueden volver a dar, una serie de peculiaridades que, sin lugar a dudas, lo singularizan respecto del patrón habitual. Así, aun cuando el arbitraje no será obligatorio, es lo cierto que viene o puede venir inducido por elementos indiscutibles que lo imponen, como, por ejemplo, tener que aceptarlo como una condición en una concentración económica, para que el Gobierno la apruebe. O que con toda claridad se indique que los miembros del colegio arbitral habrán de tener presente en todo momento lo que el interés general suponga, más allá de las estrictas reglas que regirían ese arbitraje.

Al mismo tiempo, tales órganos podían entender de conflictos entre partes que, sin embargo, pese a un lejano parentesco con el arbitraje, no respondían a esta técnica, sino a controversias que se regían por el giro o tráfico administrativo. Tal era el caso, por recordar ahora, de los conflictos provocados por el acceso de terceros a la red (ATR) o los problemas derivados de la interconexión en redes. La lógica podía asimilarse en alguna manera, a la arbitral, pero resueltamente, aunque el órgano decisor fuera el mismo, y las partes fueran las mismas que en los arbitrajes referidos, sin embargo, cursaba todo el desenvolvimiento de los procedimientos por una pura vía administrativa, con actos administrativos, y solución final ante el contencioso administrativo. Hilando fino, desde luego, podrían encontrarse justificaciones a esta doble dimensión, en que determinados órganos reguladores, como la Diosa Jano, tenía doble cara: una faz arbitral y un rostro administrativo.

Pero no se puede negar que, tras el análisis realizado, existe un cierto vértigo que nos lleva, como académicos, a indicar como conclusión que, en medida no desdeñable, caer en una institución o en otra es, simplemente, cuestión de política legislativa. Bien pudo el Legislador, y bien puede todavía, realizar, una opción diferente, remitiendo la totalidad de los conflictos al instituto arbitral.

Examinada la evolución histórica del instituto arbitral y comparándola con la propia marcha larga del contencioso-administrativo, se nos antoja que existe un cierto paralelismo en la actitud que ambas instituciones ameritan. Dificultades de todo tipo, ya que el poder, con mayúscula también, el Poder, difícilmente se va a conformar con que se le aplique sin más la Ley y el Derecho. El poder tiene su propia lógica, elemental, pulida y clara, basada en la confianza, a veces personal, como en la antigua “*Devotio*”, caracterizada por la entrega de un sujeto a otro²⁹².

Las limitadas aperturas al arbitraje, cuando es la Administración la arbitrada, proceden de supuestos más o menos casuales y un tanto extraordinarios. Algún merecimiento mayor ha recibido esa figura *minore* en comparación con el arbitraje que es la mediación y aun la conciliación. En algún supuesto, ligado a transacciones este último y a una apertura legal reciente el primero, está permitiendo que existan supuestos novedosos de utilización de estos instrumentos incluso en fase de ejecución de Sentencias contencioso-administrativas. Pero la experiencia es limitada y falta de arribar a conclusiones definitivas que incorporen de forma robusta estas prácticas para que se conviertan en usanza que vincule los ánimos de los administradores.

No se puede ser, actualmente, optimista en cuanto a la incorporación del arbitraje como técnica en lo que toca a la aplicación del instituto a la Administración. Y en cuanto a su utilización por parte de la Administración, sin ser calificable como una práctica *dormant* ciertamente habita en situación lánguida que está esperando su Lázaro, en forma de Ley, para resucitar o despertar de ese sueño en que se encuentra, inducida por una desconfianza que es la base misma del rechazo a la incorporación definitiva de esta figura. Y en ello, no solo el Estado sino las Comunidades Autónomas y entidades locales, se encuentran en idéntica posición, salvo contadas excepciones.

Mayor alcance tiene pues la relación entre Estado y arbitraje en el ámbito internacional.

²⁹² J.M. Ramos y Loscertales “La ‘devotio’ ibérica. Los soldurios”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, t. I, Madrid, 1924

PARTE II
DIMENSIÓN INTERNACIONAL

CAPÍTULO III

PROYECCIÓN INTERNACIONAL DEL ARBITRAJE ADMINISTRATIVO

I. Dimensión internacional del arbitraje administrativo

1. Sometimiento del Estado al arbitraje internacional

El arbitraje es un método alternativo de resolución de conflictos (MARC) que expresa la autonomía de la voluntad entre los particulares sobre quién y cómo va a resolver las futuras controversias que pudieran surgir entre las partes. Cuando afecta al sector público, en cambio, el arbitraje no encuentra una aceptación similar. La evolución de los negocios internacionales y el poder creciente de los inversores extranjeros; en particular, las dimensiones de las multinacionales, está provocando un progresivo aumento de la aceptación del arbitraje en los contratos formalizados entre los particulares con las Administraciones Públicas o los Estados²⁹³ que no está exenta de controversia constitucional. Así la legislación de los países en ocasiones se adapta a las exigencias de los inversores extranjeros²⁹⁴ debido a la envergadura de las inversiones pretenden realizar en el Estado receptor de la inversión. Así, existen empresas como Apple cuya valoración bursátil supera con creces, y desde hace tiempo, el PIB de países de cierto calado como Argentina, Suecia, Dinamarca, Polonia, Grecia o Bélgica²⁹⁵.

Todo ello teniendo bien presente que la fórmula por la cual el Estado se somete a un arbitraje internacional es a través de un tratado de inversiones, bilateral o multilateral, con otro(s) Estado(s) u organizaciones internacionales (arbitraje de inversiones). O, bien, mediante la conclusión de un contrato con un convenio arbitral (arbitraje comercial). Esto es, no se trata de un compromiso de voluntades entre el Estado y el inversionista. Simplemente el inversor extranjero tiene la facultad de iniciar una demanda contra un Estado gracias al acuerdo internacional alcanzado por “su” país con otros Estados.

Tomemos un ejemplo entre los muchos que pueden citarse y no muy lejano en el tiempo.

Así el Tribunal Supremo de los EE.UU. en resolución de 5 de marzo de 2014 recaída en el asunto entre *BG Group Plc v. Republic of Argentina. Certiorari to the United States Court of Appeals for the District of Columbia circuit*. Indicó:

²⁹³ J.C. Fernández Rozas, “Internacionalismo versus mercatorismo en la especialización del arbitraje internacional”, *Arbitraje*, vol. V, nº 1, 2012, p. 47.

²⁹⁴ Recordemos, entre otros, las presiones ejercidas por la Comunidad de Madrid para que se cambiara la ley antitabaco para la constitución de Eurovegas. Consultable en http://ccaa.elpais.com/ccaa/2013/09/17/madrid/1379406016_127872.html, o las peticiones realizadas por diferentes colectivos para que se articulara una nueva legislación sobre inversión privada en obra pública. Consultable en <http://www.elmundo.es/economia/2014/03/12/53202055ca4741407a8b456b.html>.

²⁹⁵ D. Goldman, “At \$400 billion, Apple is worth more than Greece”. Noticia de la CNN publicada el 19 de enero de 2012 así como <http://www.revistasumma.com/finanzas/23256-apple-vale-mas-que-el-pib-de-suecia.html>.

“[g]ranting a private party the right to bring an action against a sovereign state in an international tribunal regarding an investment dispute is a revolutionary innovation” whose “uniqueness and power should not be overlooked.” (Chief Justice Roberts²⁹⁶).

Sin perjuicio de lo anterior, las relaciones entre los Estados con los inversionistas privados no se limita a un grupo selecto de compañías, sino que todas aquellas inversiones, tanto nacionales como extranjeras, son bienvenidas por los gobernantes. Asimismo, la equivalencia de los inversores extranjeros a los nacionales fomenta la competencia, lo que supone que el Estado receptor de la inversión se beneficie con mejores precios y mayor talento de las empresas con las que finalmente contraten. Dentro del abanico de cláusulas que han de pactar las Administraciones Públicas y los Estados con los inversionistas extranjeros, destaca la elección, por parte de éstos, de solucionar las posibles divergencias a través de fórmulas que no concluyan ante la jurisdicción local, entre las que destaca el arbitraje. La proliferación de APPRIs²⁹⁷ fomenta el arbitraje de inversiones, donde el Estado acude al arbitraje porque existe un tratado que le obliga a ello en lugar de una cláusula compromisoria. Se trata, por ende, de un arbitraje unilateral²⁹⁸. Es establecido en aplicación directa del correspondiente tratado, que fluye directamente determinando que la voluntad anticipada de someterse a arbitraje, ignota en el caso concreto pero perfectamente determinable, permitiera así lograr fijar en cada caso, el supuesto de arbitraje al que se someterá ese Estado.

El arbitraje es un instrumento necesario para fomentar la participación de los Estados y las Administraciones Públicas en los negocios internacionales al no existir una jurisdicción común a todos los Estados. De ahí ese carácter universal de este tipo de arbitrajes, que no tienen un foro establecido previamente ni una ley concreta, sino que, fuera de todo dominio por parte de los Estados, se logra nada menos que incorporar un mundo globalizado con criterios semejantes y con soluciones que, siendo individuales en cada

²⁹⁶ Chief Justice Roberts, with whom Justice Kennedy joins, dissenting (pero dando una lección sobre la naturaleza jurídica de los arbitrajes de inversión).

²⁹⁷ J. Díez-Hochleitner, “La eficacia de los tratados de protección de inversiones extranjeras”, Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos, jornadas sobre “La Seguridad Jurídica y las Inversiones Extranjeras en América Latina” de 11 y 12 de diciembre de 2003, fijaba el número de APPRIs suscritos por España en 47, mientras que apenas 7 años más tarde, J.C. Fernández Rozas, *Sistema de Derecho Económico Internacional*, Cizur Menor, Thomson-Reuters Civitas, 2010, p. 391, fija el número de APPRIs suscritos por España en 72, si bien matiza que “10 de ellos aún no están en vigor, y uno es aplicable provisionalmente”. Damos acceso a esta lista a través del siguiente enlace: <http://www.comercio.gob.es/es-ES/inversiones-exterior/ acuerdos-internacionales/acuerdos-promocion-proteccion-reciproca-inversiones-appris/PDF/lista-appri-vigor/2013-10-02-Lis-taApris.pdf>. Este número se mantiene con fecha 15 febrero 2019 (última fecha publicada), de acuerdo con la publicación de la Secretaría de Estado de Comercio, a lo que hay que añadir 4 tratados más en período de “remanencia”. (<http://www.comercio.gob.es/es-ES/inversiones-exterior/ acuerdos-internacionales/acuerdos-promocion-proteccion-reciproca-inversiones-appris/PDF/190215%20Lista%20APPRIs%20en%20vigor%20y%20Remanencia.pdf>). Es interesante notar cómo tras una subida exponencial a principios de siglo, luego ha quedado estancado el número de APPRIs. Luego veremos que la posición sobre los mismos, en parte influida decisivamente por el hecho de que el Reino de España ha perdido varios arbitrajes (sector fotovoltaico y termosolar principalmente) unido a que la propia posición de la Unión Europea a partir del conocido asunto *Achmea*, se traduce en una mutación arbitral importante: se pretende que solamente firme la UE tales tratados y que además, los tribunales arbitrales tengan características de permanencia.

²⁹⁸ J.C. Fernández Rozas “Internacionalismo versus...”, *loc. cit.*, p. 64.

caso, sí permiten afirmar la existencia de una cultura común, extendida y cada vez más, por todos los rincones del mundo, haciendo inteligible lo que sería de otra forma, incomprensible, un enigma, algo lejano y extraño que, así, pasa a ser conocido y reconocido.

Esta necesidad se ve incrementada cuando empresas privadas formalizan contratos con la Administración Pública y/o los Estados. En estos supuestos, el particular busca, a través del arbitraje, una seguridad jurídica superior a la que conceden los tribunales locales motivada por la desconfianza hacia un posible proteccionismo y su desconocimiento de la legislación local.

No podemos olvidar, que la creación de cortes de arbitraje, como el propio el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias en materia de Inversiones (en lo sucesivo, CIADI), obedece en parte, “a una solicitud de los gobiernos de los países con inversores dispuestos a expandirse en el extranjero para que el Banco Mundial tuviera un protagonismo en las divergencias relacionadas con inversores²⁹⁹”. Sin embargo, tampoco puede obviarse que determinados contratos suscritos por los inversionistas extranjeros con el Estado receptor de la inversión pueden afectar a materia de pura disciplina administrativa que llegue a perturbar el orden público. Esta tipología de contratos van a estar limitados a las prerrogativas que la normativa interna conceda a los poderes públicos, por lo que, en ocasiones, no será válida la cláusula de sometimiento a arbitraje³⁰⁰.

Desde siempre han existido reticencias e incluso hostilidad por parte de los Estados y las Administraciones Públicas para someterse a arbitraje debido a la comodidad que sienten al litigar ante una jurisdicción contenciosa local. No obstante, esta resistencia de la Administración choca frontalmente con los intereses de los inversionistas, quienes no se sienten persuadidos por las jurisdicciones locales por tres razones principales: a) la lentitud con la que éstas resuelven los litigios; b) el desconocimiento del contratante extranjero de la jurisdicción y legislación local, y c) la desconfianza de que no se adopte una postura proteccionista, en ocasiones más proclive a dar la razón al Estado (sinécdoque del resto de las Administraciones Públicas) por puras razones estatistas, apoyadas en no pocas ocasiones por la opinión pública, sentimentalmente fácil de mover.

El arbitraje en materia administrativa contribuye a descongestionar el sistema judicial y además propone otra opción válida más que puede permitir escoger una vía u otra, según la libre voluntad de las partes. Como era de prever, en aquellos tratados en los que se ha otorgado la posibilidad a los inversionistas extranjeros de acudir a un arbitraje o de litigar a la jurisdicción contenciosa, han optado, en su mayoría, por someter sus disputas vía arbitraje en perjuicio de la tradicional. Como paradigma de lo anterior, resaltan las recientes disputas surgidas al amparo del Tratado de la Carta sobre la Energía (TCE)³⁰¹ en las que los inversionistas extranjeros han optado por litigar en un arbitraje

²⁹⁹ J.C. Fernández Rozas, *Sistema de Derecho...*, op. cit., p. 403.

³⁰⁰ F. González de Cossío, “Arbitraje y contratación gubernamental”, *Spain Arbitration Review*, n° 15, 2012, p. 122.

³⁰¹ A. Fernández Pérez, “Los contenciosos arbitrales contra España al amparo del Tratado sobre la Carta de la Energía y la necesaria defensa del Estado”, *Arbitraje*, vol. VII, n° 2, 2014, p. 371. No dejamos de lado las críticas que también han surgido sobre el particular, que a nuestro juicio, aun ideologizadas y probablemente sesgadas, conviene tener en cuenta en lo que llamaríamos, siguiendo a Oliver Wendell Holmes, el “mercado de las ideas”. Y es importante tener en cuenta este frente de asalto

internacional en lugar de hacerlo ante la jurisdicción local³⁰² a pesar del mayor coste que supone el primero. Esta opción no existe para los inversores nacionales³⁰³, que se han visto perjudicados por la discriminación positiva que ofrece el TCE respecto a los inversionistas extranjeros.

Este perjuicio se demuestra por la decisión unidireccional que han ofrecido los tribunales españoles ante las demandas iniciadas por los inversores nacionales por los cambios regulatorios, en los que se ha otorgado la razón al Estado³⁰⁴ frente a la impugnación realizada por diferentes particulares de varios instrumentos normativos relacionados con las controversias fotovoltaicas. Este es un simple botón de muestra de una jurisdicción monolítica que los inversionistas extranjeros no están dispuestos a sufrir³⁰⁵; sin

a las técnicas concebidas desde la racionalidad del Derecho, ya que se sustentan, en medida no desdeñable, en semiverdades, presentaciones sobreactuadas, impulsos emocionales e irracionales, pero que calan fácilmente en la opinión pública y por ende en la denominada clase política. La frialdad de la pura técnica jurídica separada del contexto nacional en la que opere, y teniendo en cuenta solamente el contexto endógeno de la propia doctrina internacionalista, choca de frente con los intereses y emociones ligados a un emocional nacionalismo que hunde sus raíces en un inconsciente colectivo que se da en todos los países. Algo así como la “inesperada resurrección de Westfalia”. *Vid.* así, pues, con estos condicionantes:

“Informe contra la Carta de la Energía: Críticas al sistema de arbitraje (Un Tratado para gobernarlos a todos)”. Published by Corporate Europe. Observatory (CEO) and the Transnational Institute (TNI) Brussels/ Amsterdam, June 2018. Written by Pia Eberhardt, Cecilia Olivet & Lavinia Steinfort (we would also like to thank the German Catholic organisation for development cooperation (Misereor, Germany) and the Rockefeller Brothers Fund (US) for the financial support for the publication.

En el mismo, indican: “Apenas 25 árbitros acaparen el 44% de los casos presentados y, además muchos de ellos sean asesores jurídicos en otras disputas relacionadas con tratados de inversión; o Que solo cinco bufetes estén implicados en casi la mitad de todas las demandas de arbitraje conocidas en el marco del TCE”

También es criticada la figura del *Third Party Funding* o financiación de terceros por su supuesta relación con un incremento de los costes asumidos por los Estados; y el arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (SCC) se describe como opaco, susceptible a los conflictos de interés y más sesgado en contra de los Estados que otras instancias. *Vid.*, J. M. Júdece: “Some Notes About Third-Party Funding: a Work in Progress (Algunas notas sobre el financiamiento de terceros: un trabajo en progreso)”, *Arbitraje*, vol. XI, nº 1, 2018, pp. 55–71. No cabe duda de que las críticas basadas en datos, hechos, números, son las más apreciables racionalmente, tienen impacto y obligan a tenerlas en cuenta. Por supuesto, el componente inconsciente y subterráneo que también acompañan a esas críticas tiene que ser valorado políticamente, pero es ya un campo de juego en el que nosotros apenas podemos hacer otra cosa que fijar los parámetros, pero no pronunciarnos sobre ellos puesto que escapa del alcance del método jurídico y da paso a posiciones meramente subjetivas.

³⁰² <http://www.encharter.org/>.

³⁰³ *Cf.* art. 17 TCE.

³⁰⁴ Citamos a modo ejemplificativo, dado que no es el objeto del presente estudio, las siguientes resoluciones: Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2012, de 20 de diciembre de 2012, de 29 de enero de 2013, de 25 de junio de 2013, de 13 de enero de 2014, de 13 de abril de 2014. En las meritadas Sentencias se discutía la constitucionalidad de la Orden ITC/3353/2010; del RD 1565/2010 y del RD-Ley 14/2010. En todas ellas la resolución del Alto Tribunal es similar: (i) no existe expropiación, (ii) la medida está justificada por el interés general, “concretado en la sostenibilidad del régimen económico del sector eléctrico, que pretende evitar *ad futurum* los efectos perjudiciales de decisiones iniciales que se habrían relevado inadecuadas o ineficientes”.

³⁰⁵ Por eso mismo parece un tanto parcial la siguiente opinión de Paulsson relativa a la distinción entre inversores buenos y malos: “Es un craso error concentrarse en la oposición entre el inversor y el Estado receptor. La verdadera línea divisoria se encuentra dentro de la comunidad de inversores. Hay buenos inversores y malos inversores. El buen inversor está ahí para el largo trayecto, y para obtener

perjuicio de algunas resoluciones, las menos, simbólicas, en las que se han concedido exiguas indemnizaciones a los nacionales.

Ciertamente, cada tribunal es soberano de resolver conforme su leal saber y entender; pero qué duda cabe que otorgar la razón de forma mayoritaria al Estado no coadyuva a generar confianza en los inversionistas extranjeros respecto a la jurisdicción local. Desde luego que optar por acudir a un arbitraje internacional no va a garantizar la razón inmediata al particular, pero las resoluciones al amparo del TCE demuestra una tendencia más equilibrada –si bien en el caso de España los últimos Laudos han dado la razón, aunque de forma parcial, a los inversores–. Porque sucede que los árbitros son solo dependientes del Derecho, liso y llano, tal como fije el correspondiente tratado, y no lo son del conjunto de políticas que indudablemente pesan siempre en otros órdenes decisorios, por muy independientes que puedan ser en el plano personal sus componentes.

Por eso se crearon estos tribunales arbitrales: es experiencia común y compartida universalmente que existe un nacionalismo *enragé* inevitable en todo tribunal nacional cuando es el propio Estado el que se enfrenta con un inversor extranjero, forastero o *outsider*, en todo caso. Y que están muy lejanos, de una actitud meramente fría, lejana, distante, como es la que impone la pura independencia decisora. No surgen por casualidad, sino por la natural desconfianza hacia cualquier sistema jurisdiccional nacional, presa de toda clase de inmanentes anclajes con ideas metajurídicas, amén de la presión mediática y política que acompaña como estela a la aplicación del derecho por tales jurisdicciones nacionales en estos supuestos.

En cambio, como punto negativo, no se termina de cumplir con el principio de celeridad que se presupone al arbitraje al igual que los costes soportados por las partes contendientes son excesivamente elevados (peritos, traducciones al permitirse los arbitrajes en idiomas simultáneos, desplazamientos etc.) donde el uso de la tecnología debería fomentarse para disminuirlos significativamente.

Ante todo, el hecho de contar con fórmulas alternativas como el arbitraje siempre supone una opción más y, por tanto, una ventaja de elección. Sin embargo, en ocasiones,

un retorno decente, como es entendido por todos desde el comienzo. Con el fin de merecerse dicha recompensa éste espera que sea llamado para efectuar una contribución real la cual, él mismo agradecería que fuera evaluada por alguien y en cualquier momento. Su enemigo no es el Estado porque ambos comparten intereses. Sin embargo, el mal inversor, un operador dudoso que quiere ganar dinero rápidamente obteniendo beneficios enormes por bienes de mala calidad, procurando firmar toda clase de documentos de dudosa procedencia, tales como contratos, enmiendas y certificados diseñados como una cobertura legal de un desempeño pobre, genera un mal ambiente que también perjudica al buen inversor”. J. Paulsson, “El poder de los Estados para hacer promesas significativas a los extranjeros”, *Revista de Economía y Derecho*, 2009, esp. p. 7., citado en K. Fach Gomez “Construyendo un nuevo derecho internacional de las inversiones: las propuestas del instituto internacional para el desarrollo sostenible building a new international investment law: proposals of the international institute for sustainable development”. www.reei.org [18] *Revista Electrónica De Estudios Internacionales*. n.º 18, 2009. Y es que también, si de bondad se trata, habrá “buenos Estados” que respeten los compromisos asumidos racionalmente, y “malos Estados” que hacen de la arbitrariedad una técnica habitual. A mi juicio, este tipo de argumentos basados en aprioris morales o éticos, tiene escaso recorrido. Hay que analizar las situaciones concretas, los datos y números, los bienes públicos en juego, en un ejercicio complejo, muy alejado del simplismo de malos y buenos que no conduce sino a actitudes dogmáticas, al final, poco racionales, y es que la complejidad de la realidad no puede resolverse con sistemas simples binarios.

a pesar de haber aceptado el Estado o el organismo público correspondiente someter una controversia a arbitraje, el Estado se opone con carácter previo al inicio del proceso —*ex ante*— o lo que es más grave, una vez dictado el laudo —*ex post*—, lo que agrava la confianza en el sistema y, sobre todo, en el Estado que incumple el laudo. Y lamentablemente, veremos que la propia Unión Europea, claramente tras el asunto *Achmea* pero en su intervención como *amicus curiae*, puede estar provocando una situación realmente complicada para el avance del arbitraje de inversiones. Si además produce un efecto emulación en otras partes del globo, habrá que acudir a instrumentos hasta ahora no previstos en las soluciones que proporciona el arbitraje internacional³⁰⁶. Como ha ocurrido en los TLCs suscritos por la UE en los que aboga por “tribunal permanente de arbitraje”.

Creo de interés recoger una aportación reciente que muestra que la cuestión no es fácilmente resoluble tal como se está planteando, que además la idea de esas “Cortes permanentes” es vieja aunque tras el Dictamen 1/17 del TJUE se antoja exagerado calificarla de “un sueño imposible”³⁰⁷ en lo que se refiere a los arbitrajes en los que intervenga la UE:

The world after the Achmea v Slovakia decision focuses on the question about the future of ISDS in relation to intra-EU BITs. At the ASIL conference on the 6 April 2018, a representative of the EU observed the decision in the Achmea case as one that was perhaps a natural consequence of the intricacies of the EU and its members States; of national laws and EU laws; of BITs with EU Member States; and the mechanisms available under the EU system. The current geopolitical developments that affect ISDS, the status of intra-EU BITs, and the possible establishment of a permanent arbitration court raises various questions. One of them is whether awards rendered by such courts are enforceable under the 1958 New York Convention.

The Appointment of ‘Arbitrators or Adjudicators’ in the Court

The EU’s idea of creating a permanent court that renders awards is presented as if it were to be a permanent arbitration court with sitting arbitrators who would render awards. The idea of appointing those ‘adjudicators’ for the permanent court would potentially lead to improvements in the arbitrators’ pool, such as to gender equality. (ISDS tribunals have an unfortunately accurate reputation for being “male, pale, and stale”)To steer the entire debate of ISDS and intra-EU BITs towards a policy debate on gender equality does disservice to the fact that the international arbitration community has made it a key vocal point with many efforts ranging from institutional focus to the pledge and the #MeToo movement in international law. Young ICCA has been in existence for almost ten years and has opened the doors of international arbitration to many. The argument would also not be original: the debate on gender equality has often turned towards the efforts of institutions achieving such gender equality. In that light, the debate automatically shifts to the idea of institutional appointments. In most cases, arbitral institutions do not appoint co-arbitrators. The parties in arbitration appoint them. The reality of the EU’s envisioned court is that the appointments of arbitrators to that court are probably sovereign appointments. And it is again necessary to remind all of the words of Fali Nariman:

³⁰⁶ D. Dragiev, “A Procedural Perspective of Achmea: What Does Achmea Imply in Practice”. 10, 2018 08:59 am. *Kluwer Arbitration Blog*. Salvo error esta opinión estima que los árbitros no tienen que tener en cuenta Achmea antes de proceder a arbitrar, y lo hace sobre la muy peculiar base de que como la Sentencia del Tribunal de Justicia se opone a la del Abogado General Wathelet, se trata de una mera “opinión política”. Las consecuencias de este caso, en realidad, no han hecho más que empezar. Lo examinaremos con algún detenimiento más adelante.

³⁰⁷ Marike R. P. Paulsson (University of Miami School of Law International Arbitration Institute. *Kluwer Arbitration Blog*. *Achmea, Arbitration, Arbitration Awards, BIT, Enforcement, European Law, European Union, International arbitration, Intra-EU BITs, Investment Arbitration, New York Convention Revisiting the Idea of ISDS Within the EU and an Arbitration Court: The Effect on Party Autonomy as the Main Pillar of Arbitration and the Enforceability of Arbitral Awards*. 21 de mayo de 2018.

“Sovereigns are like billiard balls, they collide often but seldom do they go in the right direction.”

The sovereigns appointing those arbitrators or ‘adjudicators’ act as respondents in those arbitration cases. To say that States are not only respondents but also treaty negotiators falls on deaf ears. So the sovereigns appoint adjudicators who would be asked to resolve disputes based on treaties that they have negotiated? Or must one understand this premise in a different way?

Enforceable Under the New York Convention?

Would the awards rendered by those adjudicators of this court be enforceable under the New York Convention?

In 1958, the delegates shared some concerns in this regard. Article I(2) is instructive for appreciating the importance of party autonomy under the NYC: arbitrations that are of a mandatory nature do not fall under the Convention’s scope.¹⁾

“It was the Czechoslovakian delegate that proposed Article I(2). The debate then focused on adding the phrase “to which parties have voluntarily submitted”. Awards rendered by permanent arbitral bodies would only fall under the Convention if those bodies were not really court of justice – exercising compulsory jurisdiction – irrespective of whether they were called arbitral bodies or not. If a dispute came to a permanent arbitration court on the basis of mandatory law, then the proceedings were not arbitral but judicial in nature. The delegates agreed that the test was whether the submission was voluntary and a consequence of real freedom of contract: the autonomy of the will. The Belgian representative proposed the insertion of the word ‘voluntarily’ – an addition that was regarded superfluous by the other delegates – and it was ultimately not included for want of necessity.”²⁾

The history reminds us of the post WW–II communist east bloc ‘permanent arbitral courts’. Those awards that were rendered by such courts and other semi judicial courts were the ones that the drafters wanted to exclude from the New York Convention.

The permanent investment court would bring about several questions. First, what happens to the element of the choice? It seems that claimants in ISDS within the EU no longer have a say in the choice of arbitrators and the institution that is to administer the arbitration. Second, what is the de facto identity of the court? Is the court quasi judicial or not? Do EU Member States voluntarily comply and collaborate with the establishment of the court and the appointment of its adjudicators? Is the court’s dispute settlement system premised on party autonomy or premised on sovereign control, and is it in effect judicial? The appointments of the permanent adjudicators of this ‘permanent arbitral body or court’ are not the same as appointments of international arbitrators in an investor state dispute.

The question that must be answered is whether this court renders in fact quasi–judicial decisions, and is comprised of State–appointed adjudicators, who sit on a permanent court which happens to have as its nomenclature – arbitral court?

Some historical knowledge would help the key stakeholders to make informed choices. The idea of a permanent arbitration court has been raised before in the 90s and discussed by the leading experts of international arbitration: Schwebel, Holtzmann and Nariman. And that idea was referred to as the impossible dream from the man from la Mancha in the musical Don Quixote.

“At the LCIA Centenary Conference in London (in the year 1995) some old stalwarts – Judge Howard Holtzman and Judge Stephen Schwebel (then a Sitting Judge of the ICJ) envisaged the prospect in the 21st century of a new international Court for resolving disputes on the enforceability of arbitral awards. But these worthy gentlemen being experienced Arbitrators and men of the world they also recognized that setting up an International Court of Arbitration would be tilting at the wind mills of national sovereignty. One of them (Judge Schwebel) in his speech recalled the theme of a song of a popular film at the time “the Man from La Mancha” where the principal character Don Quixote, who is a dreamer – always dreamed, “the impossible dream”. An International Court of Arbitration: Schwebel said, was like an impossible dream. Well, we are now well into the second decade of the 21st century and an International Court of Arbitral Awards continues to remain an impossible dream.”

To care about the protection of foreign investment and direct investment is a false premise when the foundation of that idea of dispute resolution, i.e. party autonomy and a neutral forum that is not encapsulated by sovereign control, is torn away.

The ‘awards’ of this ‘arbitration court’ would perhaps not be enforceable under the New York Convention. Losing the New York Convention as an enforcement mechanism is something that the EU would want to avoid. The New York Convention is what makes international trade work.

“This landmark has many virtues. It has nourished respect for binding commitments, whether they have been entered into by private parties or governments. It has inspired confidence in the rule of law. And it has helped ensure fair treatment when disputes arise over contractual rights and obligations. International trade thrives on the rule of law: without it parties are often reluctant to enter into cross border commercial transactions or make international investments.”³⁾

If the objections to party-appointed arbitrators, the idea of transparency, and the idea of a centralized court within the EU seems to be paramount to investment in the EU, why one does not rely on an independent institution or organization to keep a roster of arbitrators with ample experience in investment arbitration and even expertise in EU law? The ICC is at the forefront of transparency and fair lists and roster of arbitrators, and the PCA or ICCA are both organizations that could take on a leading role in rethinking ISDIS within the EU. They would do so in a way that preserves the pillars of international arbitration that protects and encourages investment, in a way forward to blossoming trade within and beyond the EU. Whatever may be, the EU might not want to create a court that renders awards that cannot be enforced under the New York Convention, since:

“The New York Convention perhaps could lay claim to be the most effective instance of international legislation in the entire history of commercial law. Cita el trabajo de M. Paulsson, The 1958 New York Convention in Action (Kluwer 2016), pp. 120–121.

En todo caso, todo es perfeccionable. Como indicó Sanders “At the occasion of celebrating the Convention’s 40th birthday, its founding father Pieter Sanders remarked: ‘nothing is perfect in this world. After 40 years of practice with the Convention its text could certainly be improved’”.

En relación con las políticas de género en relación con el arbitraje, y otros factores de diversificación (raza, procedencia, edad...), ha aparecido el concepto de “interseccional” acuñado por el profesor norteamericano Kimberlé Crenshaw, quien demuestra que cuando se dan dos o más características (por ejemplo ser joven, mujer y negra) aumentan si cabe la imposibilidad de su nombramiento, con la pérdida de riqueza que supone aunar visiones necesariamente diferentes en origen, actitud, conducta, *Weltanschauung* (cosmovisión o visión del mundo) que contribuyen a que se tengan en cuenta aristas, ángulos que difícilmente se perciben cuando se parte de un tribunal “*male, pale, and stale*”³⁰⁸.

2. Examen de la práctica española

A) Un supuesto de efectiva aceptación del arbitraje internacional en normas administrativas: el caso de Loterías

En el caso singular de Loterías, la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social³⁰⁹ permite completamente un supuesto de arbitraje internacional, indicando:

³⁰⁸ Vid. J. Kartón and K. Polonskaya “True Diversity is Intersectional: Escaping the One-Dimensional Discourse on Arbitrator Diversity”, *Kluwer Arbitration Blog*. Julio 10, 2018. En relación con el género y otras diversidades (raza, procedencia, edad...), vid. el Informe McKinsey “Diversity Matters” Febrero 2015. V. Hunt, D. Layton, S. Prince. y los trabajos de The Alliance for Equality in Dispute Resolution, con el trabajo (*BLP Survey on Diversity in Arbitration 2016*)

³⁰⁹ BOE 3.12.2003 y 3.12.2004

“Sección 5.ª Gestión en materia de loterías y apuestas del Estado.

Art. 70. Comercialización de juegos de titularidad estatal fuera del territorio nacional.

1. Los juegos de titularidad estatal podrán comercializarse fuera del territorio nacional en las condiciones que se determinen por el Ministro de Hacienda.

2. En los convenios o contratos que celebre la entidad pública empresarial Loterías y Apuestas del Estado o entidades participadas por ésta para el cumplimiento de sus fines, con entidades extranjeras, cuyo objeto guarde relación con la participación de la entidad pública empresarial Loterías y Apuestas del Estado en sorteos comunes con otras Loterías de Estado, con la celebración en el extranjero de sorteos de juegos cuya gestión tenga encomendada y en general con la comercialización de dichos juegos fuera del territorio nacional, podrán incorporarse cláusulas tendentes a resolver las discrepancias que puedan surgir mediante fórmulas de arbitraje.”

El caso de Loterías supone una plena admisión del arbitraje internacional de una entidad pública del Estado. Excepción que paulatinamente deberá convertirse en regla si queremos la expansión de las empresas públicas estatales en el extranjero –amén de que supone un reconocimiento de que el legislador prefiere que las sociedades estatales sometan sus disputas a arbitraje en lugar de jurisdicciones extranjeras–, con lo que entendemos que se ha quedado corta la regulación de este precepto. Conviene enfatizar que es el Estado el que se muestra escéptico de la jurisdicción extranjera cuando admite que se supediten al arbitraje las posibles controversias que se suscitaran fuera del territorio nacional.

No olvidemos que Loterías y Apuestas del Estado es una entidad pública empresarial que gira en el tráfico jurídico con naturaleza privada pero de titularidad pública y en gran medida privatizable (Real Decreto–ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo), como se demuestra, además, del intento frustrado de sacar a Bolsa el 30% de la capitalización de la compañía en el año 2011³¹⁰.

B) Doctrina del Consejo de Estado en favor del arbitraje en la contratación internacional

El Consejo de Estado se ha mostrado muy favorable al uso del arbitraje en contratación internacional de envergadura; en ocasiones incluso realizando algunas interpretaciones creativas de las normas aplicables para adaptarse a las exigencias del comercio internacional. Así:

i) *Dictamen del Consejo de Estado 53716 de 13 de julio de 1989*. Se promovió la contratación de una partida de misiles “Harpoon” y asistencia técnica por importe de 316.800.000 pesetas al amparo del art. 9 b) del Decreto 1005/1974, de 4 de abril, por el que se regulan los contratos de asistencia que celebre la Administración del Estado y sus Organismos autónomos con Empresas consultoras o de servicios que permitía la contratación directa en “Aquellos en que sólo exista una empresa clasificada para

³¹⁰ Según comentó su entonces Presidente, Aurelio Martínez en junio de 2011.

realizar los estudios o servicios o en que, por circunstancias excepcionales, no convenga promover la concurrencia, previa justificación razonada en el expediente”.

El Asesor Jurídico General del Ministerio de Defensa, en su informe preceptivo, indicó que el convenio arbitral que se prevé en el Contrato es acorde con las normas del comercio internacional, pero, de acuerdo con el art. 39 de la Ley General Presupuestaria (antes visto) la sumisión al arbitraje debe acordarse por Decreto del Consejo de Ministros previa audiencia del Consejo de Estado por lo que recomendaba suprimir el convenio arbitral para evitar que el retraso en los trámites llevara a la conclusión del contrato pasado el ejercicio 1988. La compañía americana se negó a suprimir el convenio arbitral.

El Consejo de Estado realizó una interpretación extensiva del concepto “normas y usos vigentes del comercio internacional” para permitir la suscripción del contrato – convenio arbitral incluido– sin necesidad de Real Decreto. Lo que demuestra los estrechos cercos legislativos pueden ampliarse con un espíritu abierto y que la rigidez es solo teórica:

“En el caso presente, la introducción en el contrato de una cláusula por la que se someten a arbitraje los desacuerdos que surjan en el desarrollo del contrato tiene su amparo legal en las “normas y usos vigentes en el comercio internacional” a las que se refiere el art. 11 del citado Real Decreto de 3 de mayo de 1977. Según este precepto las partes pueden convenir lo que estimen conveniente, de acuerdo con dichas normas y usos internacionales, entre las cuales, se cuenta indudablemente la sumisión a arbitraje de los conflictos que surjan en relación con el contrato. Por ello, considera este Consejo de Estado que está justificada, en este caso, la cláusula de arbitraje, particularmente si se tienen en cuenta las especiales características técnicas que constituyen su objeto.”

Por otro lado, el convenio arbitral preveía un arbitraje *ad hoc* donde el tercer árbitro no podría ser ni español ni norteamericano y, en caso de desacuerdo, el tercer árbitro sería nombrado por la Cámara de Comercio de Estocolmo. El arbitraje se desarrollaría bajo las reglas UNCITRAL.

ii) *Dictamen 53843 de 26 de octubre de 1989*. Se realizó tras el acuerdo entre España y el Consejo Oleícola Internacional por el que se otorgaba inmunidad penal, civil y administrativa al Consejo. Se trae a colación este Dictamen por cuanto en el mismo se prevé que se exige autorización de Las Cortes, algo común en todos los acuerdos que concedan inmunidades, como es el caso, respecto de los funcionarios de este Consejo, ya que, como toda inmunidad jurisdiccional, supone afecta al art. 117.3 CE. Además, las controversias en aplicación del acuerdo se someterían a arbitraje.

iii) *Dictamen 329/1991 (Asuntos Exteriores) de 16 de mayo de 1991*. Se trataba de un Convenio de Administración de Programa entre la Comisión de la Comunidad Europea y el Reino de España para Proyecto “Programa de Apoyo a la Pequeña y Mediana Industria en Centroamérica – Fase II” y Anejos

Tiene algún interés porque resuelve que la inclusión de una cláusula de arbitraje no supone convertir a dicho convenio internacional en uno de carácter político, pese a la confusión existente al respecto. En efecto, indica en el punto.4.

“El Gabinete de Tratados de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Asuntos Exteriores opina en su informe que el Convenio consultado debe ser autorizado por las Cortes, ya que contiene una cláusula de arbitraje obligatorio, lo que lo convierte en un tratado político. Y, además, de un laudo arbitral “pueden eventualmente derivarse obligaciones financieras para la Hacienda Pública”.

Pero el Consejo de Estado, señala:

“La existencia en un tratado internacional de una cláusula compromisoria no basta ciertamente para atribuirle la naturaleza de tratado político en el sentido del art. 94.1.a) CE. Sin perjuicio de la relevancia que dicha cláusula pueda tener a los efectos de la autorización por las Cortes de un tratado, es lo cierto que el Convenio sobre el que se dictamina queda claramente comprendido en otro de los supuestos del citado artículo constitucional. Se trata del supuesto del apartado d) del art. 94.1. En efecto, aunque en el Convenio entre la CEE y el Banco Centroamericano de Integración Económica se hace alusión a la cofinanciación española del Programa de apoyo a la pequeña y mediana industria en América Central, el Reino de España sólo adquiere formalmente la obligación financiera en cuestión al vincularse por medio del Convenio consultado. De ahí que dicha vinculación deba autorizarse por las Cortes.”

iv) *Dictamen del Consejo de Estado 2062/1994 (Defensa) de 17 de noviembre de 1994*. El 11 de diciembre de 1991 tuvo entrada en el Comité Permanente Hispano–Norteamericano un oficio de la Asesoría Jurídica de la Dirección Territorial de Madrid del Instituto Nacional de la Salud, en el que se explicaba que el 5 de octubre de 1990 un soldado norteamericano había ingresado en el Hospital Virgen Blanca de León tras haber sufrido un accidente de circulación. INSALUD era quien reclamaba el coste de la asistencia sanitaria prestada, que ascendía a 126.000 pesetas.

Por su lado, el art. 4 del Convenio celebrado el 1 de diciembre de 1988 entre el Reino de España y los Estados Unidos de América, sobre Cooperación para la Defensa, disponía:

“... el Estatuto de las Fuerzas Armadas de cada una de las Partes que, para cumplimentar lo establecido en este Convenio, ejerzan sus actividades en el territorio de la otra Parte quedará regulado por las disposiciones del Convenio sobre el Estatuto de las Fuerzas Armadas de la OTAN y de los capítulos IV y V de este Convenio”.

Este Convenio a su vez incorpora otro Convenio de 19 de junio de 1951 que remite a un arbitraje, salvo que las Partes contratantes acuerden otra cosa para el caso particular. Y por ello, indica que no cabe que el INSALUD, utilice la vía tradicional de responsabilidad extracontractual, de índole patrimonial, sino que tiene que remitirse al arbitraje allí contenido salvo que a su vez, España y Estados Unidos, acuerden singularmente otra cosa... porque

“No resulta procedente que el Estado español resuelva sobre el contenido de la reclamación interpuesta, pues se convertiría en juez de su propia pretensión.”

Es una sencilla fórmula que pone de manifiesto lo que el arbitraje puede producir en cuestiones en que existen dos partes internacionales tienen que resolver sus controversias y para discrepar, el mejor rendimiento lo constituye la bien probada institución arbitral.

v) *Dictamen 3496/1998 (Comunidad de Madrid)*. Es un supuesto en que el Consejo de Estado resuelve sobre la petición real por la Comunidad de Madrid en la que pide que se le informe sobre la Ordenación de Actividades FERIALES, asunto que el Consejo entiende que al establecerse un arbitraje, puede afectar no solo a un ámbito inter privados, sino que bien puede acontecer que aparezcan sujetos de Derecho público que tengan que solicitarlo. Y aquí apela al art. 107.2 de la Ley de Procedimiento, que ya conocemos (versión Ley 30/1992) y afirma:

“No se trata de un arbitraje pactado, sino obligatorio, como es el caso de otros supuestos del llamado arbitraje administrativo, por lo cual su remisión a la ley de 5 de diciembre de 1988 no puede ser global, como aparece en el art. 46 de la Ley, sino selectiva, teniendo la citada ley un carácter más complementario, especialmente en el campo del procedimiento, que supletorio, según prevé el preámbulo de la misma Ley. Debe especificarse, además, la naturaleza de equidad del arbitraje, como parece corresponder a la composición del órgano arbitral, prevista en el art. 48, y a las materias de su competencia, y especificarse en el art. 50.5 que la remisión a la ley de 5 de diciembre de 1988 se refiere también a la impugnación del laudo, a efectos de evitar una tacha de inconstitucionalidad por exclusión de la tutela judicial efectiva que prevé el art. 24 de nuestra Norma Fundamental. Esta consideración tiene carácter esencial.”

Para el Consejo, cabe que en el Reglamento de Ordenación Ferial de Madrid, quepa el arbitraje obligatorio, que sea de equidad, que la Ley de Arbitraje complemente lo aquí dispuesto y, finalmente, que se trate de un laudo propiamente tal e impugnabile en su forma; lo cual sería una *rara avis* teniendo en cuenta que el arbitraje resultaría del art. 107.2 Ley 30/92.

vi) *Dictamen 1553/1998 (Administraciones Públicas) de 16 de julio de 1998*, relativo al recurso de inconstitucionalidad de una Ley Canaria sobre el sistema eléctrico canario. Y se preveía en dicha norma:

“Al regular los derechos y deberes de los titulares de instalaciones de las redes de transmisión, el art. 13, en el párrafo b), dispone que dichos titulares deberán permitir el uso de sus instalaciones por todos los sujetos autorizados en condiciones no discriminatorias, de acuerdo a las normas técnicas que rigen el transporte. Cuando en la aplicación de esta obligación no se produzcan los acuerdos pertinentes, los interesados podrán acudir en solicitud de mediación a la Administración de la Comunidad Autónoma. En caso de no alcanzarse acuerdo, el Gobierno de Canarias, a propuesta de la Consejería competente en materia de industria, podrá desarrollar un procedimiento de arbitraje entre las partes en conflicto y emitir, en su caso, una norma de obligado cumplimiento para ellas, sin perjuicio de las sanciones que procedieran.”

En esta ocasión el Consejo se plantea en realidad solo un tema de competencias y entendiendo que es del Estado, mantiene la inconstitucionalidad. El fondo del asunto, de nuevo, en nuestra opinión, vuelve a plantear si es necesaria una ley sobre este tipo de arbitrajes de la Administración Pública.

vii) *Dictamen 480/1998 (Medio Ambiente) de 26 de marzo de 1998*. Es uno de los supuestos poco habituales en que el Consejo se niega a una transacción. Se trata del

“Proyecto de Convenio transaccional con las Comunidades de Regantes del Río Carrión”, en el que se pretendía, tras años de sequía y de impago de los cánones y tarifas, y para ello, la Confederación Hidrográfica del Duero condonaría la mitad de la deuda de algún ejercicio, de aplazar diez años el cobro y no utilizar la vía ejecutiva para el cobro. La deuda era tributaria (una figura híbrida entre la tasa y la contribución especial) y además unos regantes se beneficiaban, pero no todos los de la cuenca. Por otro lado, la relación jurídica entre la Administración y los regantes no era incierta, ya que no se trata de una mera discusión entre partes Sentencia de 3 de mayo de 1958 sino incertidumbre objetiva sobre el contenido de la relación jurídica. Y aquí se sabe que hay que pagar y el importe de la deuda. Tampoco hay recíprocas concesiones *aliquid datum, aliquid retentum* ya que la única que cede es la Administración. Por ello es concluyente el Consejo: que no procede aprobar el proyecto de convenio de transacción sometido a consulta.

viii) *Dictamen 1984/1999 (Economía y Hacienda) de 29 de julio de 1999*. Sobre el *Institute for Girls in Spain*, Fundación Ortega y Gasset, Administración del Estado. El presente Dictamen tiene importancia doble. De un lado es una muestra de la aplicación de las ideas de transacción y de otro lado, es una de las raras ocasiones, tal vez la primera, en que el Estado, en medio de un contencioso administrativo, procede un Tribunal, el Tribunal Supremo en este caso, a paralizar el curso de la ejecución y permitir una transacción. Baste recordar que una institución norteamericana, de 1892, *International Institute for Girls in Spain*, Massachusetts, que adquieren en 1902 el edificio de la calle Fortuny 53 de Madrid, sede de la actual Fundación Ortega y Gasset (hoy Ortega y Marañón). Por Orden del Ministerio de Instrucción Pública y Bellas Artes de 11 de julio de 1924 se autorizó la compra al Instituto Internacional para Señoritas en España de la casa palacio u hotel situado en la calle Fortuny, nº 53, de Madrid. El precio de venta se fijó en 250.000 pesetas, el cual, según la propia Orden, constituía un precio “muy reducido y ventajoso para el Estado, pues se trata de un inmueble cuyo valor puede calcularse en más de un millón de pesetas”, siempre que se destinara a instrucción de “señoritas”, incluido en el contrato como cláusula de rescisión o resolución (no queda claro) un adelantado del feminismo, pues.

Tras enormes avatares, con varios juicios contenciosos que enfrentan a la Dirección General de Patrimonio con las recurrentes, dictadas Sentencias y en fase de ejecución, la Administración propone transacción. Y se logra, mediante el Real Decreto 1335/1999, de 31 de julio, por el que se aprueba un convenio transaccional entre el Estado español y el Instituto Internacional en España (sustituto del de señoritas). No insistiremos, pese a la atracción que supone un caso como el indicado, porque se trata de una transacción que no utilizó el arbitraje —si bien la misma norma—.

ix) *Dictamen 697/2009 (Medio Ambiente, Medio Rural y Marino) de 17 de septiembre de 2009*, sobre el Real Decreto por el que se aprueban los Estatutos Generales de los Colegios Oficiales de Ingenieros Agrónomos y de su Consejo General. Es interesante la respuesta del Consejo, desde el momento en que de forma decidida advierte a cualquier Colegio que solo puede ofrecer arbitrajes de equidad, pero que si quiere ofrecer arbitraje de derecho, tendrá que acudir a un abogado en ejercicio (notemos que se

refiere a una situación anterior a 2011 Ley 11/2011, de 20 de mayo; hoy reclamaría el término “jurista”).

“6.– El art. 19, en su apartado “a”, atribuye a los Colegios la posibilidad de prestar los siguientes servicios: “La resolución mediante laudo, con arreglo a la legislación vigente sobre arbitrajes, de los conflictos y discrepancias que le fueran sometidos”. Para mantener este precepto en los Estatutos resulta imprescindible, o bien que quede del todo claro que se trata de un servicio que el Colegio ofrece pero que es llevado a cabo por abogados en ejercicio, o bien que el arbitraje en cuestión sea inexcusablemente de equidad. La Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, en su art. 15, señala que en los arbitrajes internos que no deban decidirse en equidad se requerirá la condición de abogado en ejercicio salvo acuerdo expreso en contrario. Por tanto sólo es posible que los arbitrajes ofrecidos por los Colegios lo sean en equidad. Esta observación tiene carácter esencial, para los efectos de lo previsto en los arts. 2, apartado 2, párrafo último, de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, y 130.3 del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado (aprobado por Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio). Cuestión distinta es que puede entenderse que el art. 15 simplemente pretende facilitar la puesta en marcha de un servicio de arbitraje (que cumpla con todos los requisitos legales). Si ello es así, debería decirse expresamente con más claridad.”

Pasamos a desarrollar tres dictámenes de singular importancia: sobre arbitraje en acuerdos entre la Comunidad Europea con Philip Morris, y con Japan Tobacco International (Reynolds). Asimismo sobre la fundación Thyssen–Bornemisza y la compra aviones Mirage.

Tienen interés estos Dictámenes, no solo por su contenido específico en relación con el arbitraje del Estado, sino porque, además, formalmente incluye uno de ellos a su vez remisión a otro Dictamen, que motivó la autorización para la firma de los acuerdos de transacción y eventual sumisión a arbitraje.

C) Doctrina en los asuntos *Philip Morris* y *Japan Tobacco International* (Reynolds)

La cuestión material de fondo, consistía en el problema de la falsificación y contrabando de cigarrillos, entendiéndose que pudieran estar implicadas las propias compañías que transigen. El primero de ellos y que servirá de pauta para el siguiente, es el que se emite con ocasión de la firma por parte de diez Estados miembros representados por la Comisión Europea y una operadora de tabacos, Philip Morris.

Consejo de Estado: Dictamen del Consejo de Estado en Pleno (Dictamen 1296/2004, de 21 de mayo). Y Dictamen de la Comisión Permanente del Consejo de Estado, en sesión celebrada el día 5 de diciembre de 2007, emitió, por unanimidad, Número de expediente: 2192/2007 (Economía y Hacienda). Lógicamente, los vamos a examinar por su orden, primero el Dictamen de Autorización, pues, y luego el del Convenio.

Dictamen del Pleno del Consejo de Estado, nº 1296/2004 (Economía y Hacienda). (Proyecto de Real Decreto por el que se autoriza la firma del acuerdo anticontrabando y antifalsificación y exención general entre Philip Morris Internacional Inc. Philip Morris Products Inc., Philip Morris Duty Free Inc., y Philip Morris World Trade Sarl., la Comunidad Europea y diez Estados miembros de la misma).

El Consejo de Estado en Pleno, en sesión celebrada el día 17 de junio de 2004, emitió, por unanimidad, el siguiente dictamen:

“En cumplimiento de Orden de V.E. de fecha 21 de mayo de 2004, el Consejo de Estado ha examinado el expediente relativo al proyecto de Real Decreto por el que se autoriza la firma del acuerdo anticontrabando y antifalsificación y exención general entre Philip Morris Internacional Inc., Philip Morris Products Inc., Philip Morris Duty Free Inc., y Philip Morris World Trade SARL., y la Comunidad Europea y diez Estados miembros de la misma. La consulta se formula con carácter de urgencia”

Corresponde al Pleno emitir el informe al encontrarnos con transacciones y arbitraje (art. 21.8 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril), lo que coincide con el art. 7.3 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, que indica:

“Sin perjuicio de lo establecido en el apartado 2 del art. 10 de esta ley, no se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los derechos de la Hacienda Pública estatal, ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten respecto de los mismos, sino mediante real decreto acordado en Consejo de Ministros, previa audiencia del de Estado en Pleno”.

Asimismo y según la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, art. 31. Transacción y sometimiento a arbitraje: “No se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los bienes y derechos del Patrimonio del Estado, ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten sobre los mismos, sino mediante real decreto acordado en Consejo de Ministros, a propuesta del de Hacienda, previo dictamen del Consejo de Estado en pleno”³¹¹ (replicado en prácticamente todas las Comunidades Autónomas, vid. por ejemplo en relación con la Comunidad Autónoma de Aragón, Decreto Legislativo 4/2013, de 17 de diciembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Patrimonio de Aragón. Art. 19. Transacción y arbitraje. “No se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los bienes y derechos del patrimonio de Aragón, ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten sobre los mismos, sino mediante decreto acordado por el Gobierno de Aragón a propuesta del consejero competente en materia de patrimonio, previo dictamen del Consejo Consultivo de Aragón”).”

Se trata de emitir Dictamen en el expediente relativo al proyecto de Real Decreto por el que se autoriza la firma del Contrato de Cooperación entre Japan Tobacco International, de una parte, y la Comunidad Europea y veintiséis Estados miembros de la misma, de otra. Los jugosos antecedentes cursan una interesante historia judicial y consultiva. Tomamos los antecedentes del mencionado Dictamen, que resumimos.

“En el mes de noviembre de 2000, la Comisión Europea, en nombre de la Comunidad Europea, formuló demanda de responsabilidad civil contra determinadas compañías tabaqueras del grupo Philip Morris, así como contra Reynolds Tobacco, ante el Tribunal Federal del Distrito Oriental del Estado de Nueva York. La acción se basaba fundamentalmente en la Ley federal estadounidense contra el crimen organizado (Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act, RICO) y pretendía el

³¹¹ Vid. estudio sobre la Sentencia del Tribunal Supremo nº 4617/2017, 20/12/2017 Sala de lo Contencioso-Administrativo Sección Tercera. Recurso de casación, Ponente: Excm. Sra. D.^a María Isabel Perello Domenech.

resarcimiento de los daños producidos por el contrabando de cigarrillos y el blanqueo de dinero supuestamente organizados por estos grupos en el territorio de la Comunidad Europea”.

La Comisión Europea actúa en nombre y representación de la Comunidad Europea (notemos que es anterior al Tratado Unión Europea). Asimismo, los daños se producen a los Estados Miembros, por lo que el tribunal norteamericano rechaza la demanda al no haber sufrido daño alguno la Comunidad Europea. Lo cual viene bien para recordar que el territorio es de los Estados Miembros, y que la delimitación geográfica que compone la Unión es una fijación de competencias para el ejercicio de sus competencias de atribución o de lista, que aunque muchas veces intenta expandir, no deja de ser en definitiva una forma de demarcación en que existe esa circunscripción pero desde luego el territorio sigue siendo soberanía de cada Estado miembro.

Por ello, un año más tarde la Comisión demanda, pero en esta ocasión, lo hace con poderes de diez Estados Miembros, entre ellos, España. Se basa en los mismos artículos de la RICO y amplía la demanda contra *Japan Tobacco International*, que con anterioridad había adquirido la rama internacional de *Reynolds Tobacco*.

Era una acción civil, de acuerdo con el proceso norteamericano³¹² y se pretendía el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por un contrabando de Tabaco, como por blanqueo de capitales; pero el Tribunal Federal entendió que el contrabando era una infracción del orden fiscal y por tanto no susceptible de ejercicio en Estados Unidos ya que sus tribunales no están ni tienen competencias para recuperar impuestos extranjeros (nótese la claridad de la distinción entre Derecho público y privado en el ámbito civil). Pero en cuanto al blanqueo de capitales, sí se admitía la reclamación (son en el fondo, delitos internacionales y al menos las indemnizaciones en concepto de daños y perjuicios derivados del delito, sí tienen ese punto de conexión internacional y por ende, sí se pueden exigir).

Hagamos en este punto un *excursus* a la *rule against foreign revenue enforcement* (*revenue rule*) una característica del Derecho Internacional Privado de procedencia del *common law* muy discutible en nuestros días de interconexión de ordenamientos en lo referido a la evasión de capitales y que, sin embargo, está asentada en Reino Unido, Estados Unidos, Canadá y algunos territorios de la *Commonwealth*, la Mancomunidad Británica de Naciones. La *revenue rule* es característica de este sistema, pero opuesto al *civil law*, nuestro sistema de origen canónico-romano, lo que explica que fuera desconocida por los letrados de la Comisión.

La *revenue rule* es un principio en cuya virtud se establece que los tribunales de un país no ejecutarán dentro de su territorio las leyes fiscales de otro Estado. El juego fiscal entre las Naciones ha de quedar inmune, inerte, de forma que al tratarse de normas de Derecho público, los jueces no las aplicarán (tampoco las penales, para eso estarían los tratados de extradición). Y hunde sus raíces en la *act-of-state doctrine* o *foreign act of state doctrine*, que basándose en el principio de separación de poderes, entiende que cada Estado soberano ha de respetar a cualquier otro Estado soberano y, al mismo tiempo, entiende que la conducción de los asuntos exteriores, cae dentro de las

³¹² R. H. Fallon (Jr.), *The Federal Courts and the Federal System*, University Casebook Series. Séptima Edición. West Academic, 2018).

competencias del poder Ejecutivo (*Executive's prerogative in foreign affairs*) por lo que si intervienen los jueces, se frustra la política que corresponde a la Corona en Reino Unido y al Presidente en Estados Unidos. Inclusive en caso de expropiación, tienen que aceptar los ciudadanos británicos y norteamericanos que sus reclamaciones nunca podrán realizarse en vía judicial, sino diplomática a través del Ejecutivo (con todos sus poderes). Así en el caso *Underhill v. Hernandez*, 168 U.S. 250, 252 (1897) se entendía que la retención de un ciudadano norteamericano al que se le negó el pasaporte de salida de Venezuela y se le obligó a permanecer gestionando molinos de agua, eran molestias y perturbaciones que no se atenderían mediante reclamación de daños y perjuicios ante el Juez (*"Every sovereign state is bound to respect the independence of every other sovereign state, and the courts of one country will not sit in judgment on the acts of the government of another, done within its own territory"*); e igualmente, en época reciente, *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, 376 U.S. 398 (1964), tras la Revolución castrista la expropiación de los ingenios de azúcar en manos de ciudadanos norteamericanos realizados sin justiprecio, no podrían demandar ante los Jueces estadounidenses la reclamación compensatoria por la confiscación, por cuanto Cuba era un Estado soberano.

En Inglaterra la doctrina se aplica al arbitraje según un reciente caso de abril de 2018 aplicado precisamente a un asunto de Energía³¹³. En aplicación de esta doctrina tradicional anglosajona, la Comisión vio rechazada su pretensión inicial. No se podría solicitar de un juez norteamericano los daños y perjuicios provocados por obra de acciones de contrabando porque todo lo que lleve a aplicar esa legislación de Derecho público quedaba bajo el paraguas de la *revenue rule*. Pero ello, no afectaría a los supuestos de blanqueo de capitales, según indicó la Sentencia, por lo que cabría una actuación judicial basada en esta infracción. Los juzgados de ese país no pueden conocer de la recuperación de impuestos extranjeros.

Encaminados a plantear por blanqueo las demandas contra las tabacaleras, la Comisión en nombre de la Comunidad Europea y de diez Estados más, suficientemente representados, negociaban mientras litigaban con Philip Morris, un acuerdo general (*Anti-contraband and anti-counterfeit agreement and general release*). El contenido del acuerdo consistirá en abonos y desistimientos, unidos a una "concesión moral". Se abonará el pago de la cantidad de \$ 1.000.000.000 a la Comunidad Europea y a los diez Estados miembros en el plazo de doce años y por su parte, el Estado español se compromete a solicitar el desistimiento sin costas de todos los procesos pendientes que tengan relación con Philip Morris y en la medida en que se relacionen con puntos controvertidos en el litigio iniciado ante los Tribunales de Nueva York. Igualmente "exime" de responsabilidad y libera a Philip Morris de futuras acciones e imputaciones por conductas anteriores al Acuerdo y relacionadas con el litigio iniciado ante los Tribunales

³¹³ E. Chalk, Associate (Australian-Qualified), Elinor Thomas, Legal Director, and J. Carter, Partner, London. DLA Piper. "A reliable decision: foreign act of state doctrine applies in english arbitration" *"In its recent decision in Reliance Industries Ltd. v Union of India1, the English Commercial Court confirmed, for the first time, that the foreign act of state doctrine (which in essence provides that a court will not question the validity or effect of a foreign state's legislative acts) applies not just to litigation in the English courts, but also to English-seated arbitration."* *"While an English-seated tribunal, unlike an English court, is not an organ of the state, both are required to give effect to "a general principle of English private international law which recognises the sovereignty of nations within recognised spheres"*. *Reliance Industries Ltd. v Union of India*. 2018] EWHC 822 (Comm).

de Nueva York. Realiza además una concesión de orden moral, ya que, desde el punto de vista de la Comunidad Europea y los Estados miembros, la satisfacción de sus derechos a través de una resolución judicial hubiera tenido una mayor trascendencia y un elemento aleccionador a efectos de reforzar el cumplimiento de la legislación imperativa supuestamente vulnerada por las actuaciones dañosas.

Es este Acuerdo el que necesita Dictamen del Pleno del Consejo de Estado. Nos centraremos aquí en la cuestión del arbitraje. El art. 12 regula la “Resolución de controversias”. La Sección 12.01 establece lo referente a la resolución de disputas relacionadas con la aplicación del Acuerdo a conductas realizadas con anterioridad a la fecha de ejecución de éste; se incluye una cláusula de arbitraje para atribuir competencia al Tribunal de Primera Instancia en la resolución de disputas en esta materia de acuerdo con el art. 238 TCE; y se establece que, cuando una Parte carezca de facultades para remitir la cuestión al arbitraje del TPI, los juzgados y tribunales nacionales, para la interpretación de cualquier disposición del Derecho comunitario que fuese necesaria para dictar Sentencia, deberán plantear las pertinentes cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la CE. La Sección 12.02 establece lo referente a la resolución de disputas relativas a la interpretación y aplicación de los derechos y obligaciones actuales bajo el Acuerdo; se establece la resolución por medio de arbitraje de conformidad con el Reglamento de la Comisión de las Naciones Unidas sobre el Derecho Internacional (UNCITRAL); las Partes tienen también la posibilidad de recurrir a un panel de tres árbitros en los casos de gran entidad, tales como los relativos a los pagos en aplicación del art. 3 y la rescisión. La ley aplicable a ambos sistemas de arbitraje será la Ley del Estado de Nueva York.

Nótese pues que es una cláusula compleja, con remisión a distintos órganos (entonces eran los que figuraban en los Tratados ya que estamos antes del TUE y del TFUE) según también la dimensión de los diferentes casos. El entonces art. 238 TCE lo permitía cuando establecía que “*el Tribunal de Justicia será competente para juzgar en virtud de cláusula compromisoria contenida en un contrato de Derecho público o de Derecho privado celebrado por la Comunidad o por su cuenta*”, y en relación con el art. 225.1 TCE que atribuye en concreto la competencia al Tribunal de Primera Instancia.

En los casos ordinarios se confía el arbitraje al propio TPI quien aplicará las reglas UNCITRAL y en casos graves económicamente a tres árbitros, según la Ley neoyorquina. Los criterios para que exista la transacción, son obvios, (a) situación de incertidumbre ya que hay pleitos no resueltos (“*dubius litis pendentis*”) y dudas sobre los que podrían iniciarse en el contexto del blanqueo de capitales, “*metus litis instantis*”. Lo que cabalmente coincide con los dos supuestos típicos del contrato de transacción (“*art. 1809. La transacción es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado*”) (b) las partes quieren claramente poner término a la controversia y (c), y esto es interesante especialmente:

“Finalmente, puede hablarse de bilateralidad en la transacción, de otorgamiento de concesiones recíprocas. Como se señaló anteriormente, la jurisprudencia viene interpretando este requisito de forma bastante amplia, admitiendo que, frente a una concesión puramente material, la otra parte haga una

concesión estrictamente moral, que puede consistir incluso en la simple voluntad de eliminar el riesgo de un proceso judicial (por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 1993)”.

Y es que en las cuestiones relativas a la reciprocidad de concesiones otorgadas, el Consejo de Estado en diversas ocasiones permite una cierta asimetría entre las mismas, ya que hay que examinarlas globalmente (así, dictamen número 3.385, de 3 de octubre de 1996), que:

“la transacción no exige igualdad o paridad de concesiones o prestaciones de cada parte, debido a la ductilidad y flexibilidad que caracterizan al pacto transaccional, tanto en sus posibles términos como en cuanto a las finalidades que se desean alcanzar con el mismo”

El Dictamen continúa:

“Igualmente y en todo caso, aun como parte de un acuerdo transaccional en sentido más amplio e impropio, debe destacarse el compromiso adquirido por Japan Tobacco International, así como por las empresas del grupo Gallaher que puedan entrar bajo los efectos del acuerdo, para que conductas de este tipo no se repitan en el futuro en el territorio de los Estados miembros afectados.”

Es en este contexto, donde la cláusula de arbitraje cobra todo sentido como cierre de un acuerdo en el que cuestiones de Derecho internacional, público y privado, han hecho su aparición. El Consejo de Estado, indica que:

“La regulación de este procedimiento podría resultar contradictoria con diversas disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico (en especial, con la regulación de la figura de la declinatoria en la Ley de Enjuiciamiento Civil y el art. 11.1 LA; y con la facultad de los Tribunales españoles de plantear la cuestión prejudicial del art. 234 TCE)”.

De ahí el intenso *Caveat* con el que concluye esta posición. No habrá responsabilidad alguna del Estado español si algún Juez entiende que no corresponde entender abdicado su poder de presentar la cuestión prejudicial. Y en cuanto a la ejecución del Laudo, concluye con la siguiente advertencia:

“Únicamente debe subrayarse que según las normas imperativas españolas, aunque exista un sometimiento expreso al Tribunal Supremo del Estado de Nueva York para la ejecución del laudo, si esta ejecución debiera producirse en España la competencia correspondería a los Tribunales españoles, de conformidad con lo dispuesto en el art. 22.1º LOPJ, y dicha ejecución se realizaría conforme a lo dispuesto por la Ley de Arbitraje y la Ley de Enjuiciamiento Civil. Normas imperativas cuya aplicación quedaría de nuevo garantizada en todo caso por la Sección 13.06 del Acuerdo”.

Con estos condicionantes, el Consejo admitió con observaciones que se elevara al Consejo de Ministros para que apruebe mediante Real Decreto la autorización de la firma del Acuerdo. Recordemos el Real Decreto con el que concluyen las actuaciones a que hace referencia este Dictamen.

“Artículo único Autorización de la firma del acuerdo entre Philip Morris, la Comunidad Europea y determinados Estados miembros.

Se autoriza al Vicepresidente Segundo del Gobierno y Ministro de Economía y Hacienda para que firme en nombre del Estado Español el Acuerdo anticontrabando y antifalsificación y exención general celebrado entre Philip Morris International Inc., Philip Morris Products Inc., Philip Morris Duty Free Inc., y Philip Morris World Trade SARL., de una parte, y la Comunidad Europea y diez Estados miembros (Alemania, Italia, Francia, Luxemburgo, Bélgica, Países Bajos, Finlandia, Grecia, Portugal y España) de otra, que ha sido negociado por la Comisión Europea.”

El segundo Dictamen, 2192/2007, aprobado el 5 de diciembre de 2007, se refiere en esta ocasión y en línea directa con el anterior supuesto, el Consejo de Estado se pronuncia sobre autorización de la firma del Contrato de Cooperación entre *Japan Tobacco Internacional* (que había adquirido Reynolds), de una parte, y la Comunidad Europea y veintiséis Estados Miembros de la misma, de otra. Las compañías JT aceptan efectuar el pago de 400 millones de dólares US en la cuenta bancaria que indique la Comisión.

Firmado la autorización, tres años después el Consejo de Estado tuvo que volver a pronunciarse sobre un contrato similar que, en el fondo, encontró allanado su camino gracias al acuerdo que acabamos de estudiar. Y el Consejo de Estado, igualmente, se inspiró en el mismo para verificar el procedimiento de autorización.

Dada la urgencia, de acuerdo con el Reglamento, la emisión del Dictamen corrió a cargo de la Comisión Permanente, y no del Pleno. Urgencia que, leyendo entre líneas el texto del Dictamen, muestra el disgusto con que el órgano ha recibido las prisas con las que se le exige la emisión de su consulta.

“Con independencia del carácter urgente con que se ha solicitado el dictamen, debería recordarse que la transacción sobre bienes o derechos de la Hacienda Pública exige con carácter general el cumplimiento de las más acabadas solemnidades legales”... “hubiera sido deseable una elaboración más completa en particular desde el punto de vista de los intereses económicos que se ven implicados en el acuerdo”... “memoria económica se han limitado a mostrar su conformidad, dados los “efectos positivos” que ha de tener el contrato”... [dictaminar] aun sin conocer el importe exacto de los ingresos que corresponderán a nuestro país en ejecución del citado acuerdo...”.

El Consejo afirma que se trata de contratos sujetos pues al Derecho Internacional Privado, por lo que nos encontramos ante actos *iure gestionis* lo cual viene a significar que nos encontramos ante una actuación del Estado sujeta al tráfico puramente privado. No es un acto sujeto al Derecho público, art. 2.1.a) de la Convención de Viena de 23 de mayo de 1969 sobre Derecho de los Tratados.

La capacidad de las partes, el art. 9.11 del Código Civil regirá este contrato. En cuanto al objeto, se aplica el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre obligaciones contractuales, y en todo caso el art. 10.5 del Código Civil (aplicable en todo caso al arbitraje según el Consejo).

El sometimiento a arbitraje recibe el contenido en este Dictamen idéntico al anterior. Se recuerda que en cuanto a la designación del Derecho del estado de Nueva York como Derecho aplicable, ha de quedar limitada a la interpretación del contrato y la resolución de las disputas.

Una cuestión específica resulta del caso de la ejecución del Laudo. Se preveía que si existieran cuestiones derivadas de la ejecución, sería el Tribunal Supremo Federal de Suiza el órgano competente. Pero recuerda el Consejo de Estado que si la ejecución

debiera producirse en España la competencia para ello correspondería a los Tribunales españoles, de conformidad con lo dispuesto en el art. 22.1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y dicha ejecución se realizaría conforme a lo dispuesto por la Ley de Arbitraje y la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Es una cláusula en definitiva que salvaguarda el orden público.

Dentro de las prisas ocasionadas por la urgencia, advierte el Consejo, que la lista de árbitros propuesta por la Comisión Europea debía completarse, especialmente dado el aspecto económico del asunto. Y asimismo, y tras recordar que hay “ajustes” no resueltos entre el Derecho español y el acuerdo, indica que solamente puede hacer “sugerencias” dado que el acuerdo está firmado por el resto de los países y los documentos entregados.

Y las sugerencias son:

“Por ello, se sugiere a la autoridad consultante la conveniencia de tomar en consideración las observaciones efectuadas a dos posibles efectos: uno, para la posterior interpretación y aplicación del acuerdo; otro posible cauce, de conformidad con la relevancia de determinadas observaciones, sería el de notificar a las restantes partes del acuerdo –y en especial a la Comunidad Europea y a los Estados miembros de ésta que comparten la posición contractual con España– el sentido y las reservas que los citados aspectos del contrato suscitan, de cara a la adopción de las medidas que se consideren oportunas.”

Notemos como conclusión que el Consejo realiza realmente un análisis bastante completo, dentro de los elementos que se le ofrecen por el Gobierno. También es digno de comentarse en estos dos dictámenes, que existe una aproximación un tanto diferente. En el primero de ellos, realizado con la parsimonia que exige un análisis concienzudo, las advertencias y *caveat* que se realizan, especialmente en cuanto a la ejecución del laudo, se integran con facilidad en el acuerdo, puesto que realiza una interpretación consuntiva que incluye ese texto del acuerdo unido al derecho español, confirmando así su mutua correspondencia.

En el segundo, se coloca al Gobierno en la tesitura diplomática de tener que advertir a la Comisión que pueden existir especificidades en el orden de la ejecución que no se compadecen con una interpretación literal del Acuerdo firmado. Es decir, que existirán, posibles temas de desavenencia que tienen que ser conjugados por vía diplomática, lo que supone en realidad, generar nuevas actuaciones gubernamentales. La importancia de estos dos dictámenes, se encuentra en que conjugan tanto el Derecho internacional y en distintas fases, incluida la ejecución del laudo, como el Derecho comunitario Europeo y el Derecho Español.

D) Doctrina en el asunto *Thyssen Bornemisza*

Una de las más importantes colecciones privadas, cuya traída a España desde Suiza, en pugna además con el Reino Unido. De hecho con fecha 3 de marzo de 2017, Downing Street desclasifica papeles de los Archivos Nacionales del Reino Unido, en los que

se descubre que el Reino Unido se empeñó en quedarse con las obras de arte del barón. Ofrecieron 140 millones de euros lo que permitiría así sumar en Londres (Canary Wharf) la mayor colección de arte privada, la de la propia Reina de Inglaterra, y la de los Barones, siendo muy activa, incluso personalmente, la propia Primera Ministra Margaret Thatcher. Hubo otros competidores también para quedarse con la colección, especialmente norteamericanos, como la fundación Museo Paul Getty, de Malibú (California).

Incidentalmente cabe destacar que la acción diplomática cae en no pocas ocasiones sobre personajes privados, en el caso la Baronesa von Thyssen según se destacó en aquellos momentos por todos los medios internacionales, fácilmente localizables todavía.

El Consejo de Estado, en su Dictamen 52709, de 15 de diciembre de 1988, entendió que el arbitraje previsto en la (cláusula 36), era perfectamente válido:

“El sometimiento de las partes al Arbitraje Internacional en caso de controversia o cuestión relativa al contrato, de acuerdo con las Reglas de Arbitraje contenidas en el Anejo Quinto del Contrato”.

El Consejo recuerda que nos encontramos, de nuevo, ante actos privados, de gestión y no de imperio, tanto por las relaciones jurídicas establecidas contractualmente como por el propio objeto del contrato. Se someten al Derecho Internacional Privado.

Se entiende que con la ley de contratos aplicable en su momento, cabía perfectamente adoptar las cláusulas que fueran pertinentes a los efectos del contrato. Asimismo, queda evidentemente satisfecho el interés general, público, dada la importancia de incorporar a España la colección.

El contrato principal entre el Reino de España y Favorita Trustees Limited, sociedad constituida en Bermuda y con sede en Clarendon House, Church Street, Hamilton, Bermuda.

Y puesto que la voluntad de las partes es que el contrato se someta a derecho inglés, teniendo conexión con el asunto, entiende el Consejo que se aplicará el art. 10.5 del Código Civil, permitiendo en estos actos de gestión, privados en definitiva, elegir la ley aplicable. Algo coincidente con lo dispuesto en el art. 3 de la Convención de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, y el 17 de la Convención de Bruselas, de 27 de septiembre de 1968, concerniente a la competencia jurisdiccional y la ejecución de las decisiones en materia civil y comercial.

La sumisión al arbitraje la encuentra el Consejo en el Convenio europeo sobre el arbitraje comercial internacional firmado en Ginebra el 21 de abril de 1961 y el Convenio sobre el reconocimiento y ejecución de las Sentencias arbitrales extranjeras firmado en Nueva York el 10 de junio de 1958, de los que pueden desprenderse soluciones favorables a la ley a la que se hayan sometido las partes (art. VII. 1 de aquél; art. V. 1. a) de éste). Apoyado en la Ley de Arbitraje 36/1988, de 5 de diciembre, establecida en tal momento.

El Consejo no encuentra ningún elemento que pueda vulnerar las exigencias del derecho imperativo (art. 6.3 Código Civil y 1255, límite del orden público). Tampoco entiende que el art. 15 del Código de Comercio, sea obstáculo alguno, porque el punto de conexión y la aplicación de la Ley corresponde a las normas de Derecho

Internacional Privado que desplazan con claridad las normas aplicables cuando son dispositivas y no imperativas. Y terminantemente concluye indicando que el principio de autonomía de la voluntad, “*domina también la contratación mercantil*”.

Tampoco existe, señala el Alto Cuerpo Consultivo requisitos formales exigibles como elementos que cuestionen la expresión de las posibilidades de acordar, por lo que no cabe oponerse. Utiliza luego el Real Decreto 1.654/80, de 11 de julio, sobre la Dirección General de lo Contencioso, que se refiere a:

“... el tratamiento que corresponde a las situaciones para-contenciosas o contenciosas donde se ven comprometidos, en territorio extranjero, los derechos e intereses de la Administración del Estado...”.

Este Real Decreto (también en su preámbulo expositivo), se refiere a que la actividad privada de los entes públicos constantemente rebasa el marco de las propias fronteras, y se hace cargo, en aspecto tan relacionado con el objeto de este expediente, de la “etapa final” de la doctrina de inmunidad absoluta de jurisdicción con relación al Estado. “Hoy día –dice– la mayor parte, si no la totalidad de los Estados, aceptan la teoría restringida de inmunidad de jurisdicción”. El art. 15 del Real Decreto, arrancando de estas realidades y criterios, se refiere a los “Arbitrajes de derecho privado” que hayan de resolverse en el extranjero, en los que sea parte el Estado.

Por otro lado, en este Dictamen se entiende que existen numerosos supuestos en los que el Estado ha aceptado arbitraje internacional en materias civiles y mercantiles, por lo que este supuesto es un caso añadido a esa saga, cada vez más amplia. Y añade: “La “renuncia de inmunidad” por el Prestatario en el primer contrato formulada, hay que enlazarla con el principio general, antes examinado, en relación con los actos *iure gestionis*.”

“Por todo lo cual, el Consejo de Estado en Pleno, es de dictamen: Que en los contratos a que se refiere el expediente, el Gobierno puede:

1º. Autorizar la aplicación del Derecho Inglés a la interpretación y cumplimiento de los mismos en los términos expuestos en el apartado IV de este dictamen.

2º. Aprobar, mediante Real Decreto, el sometimiento del Estado al Arbitraje previsto en los contratos”.

Ello permitió pues emanar el Real Decreto 1525/1988, de 16 de diciembre, por el que se autoriza el sometimiento a legislación extranjera y a arbitraje internacional de los contratos relativos a la colección Thyssen–Bornemisza. La formalización de determinadas condiciones de los contratos para que la mayor parte de la Colección Thyssen–Bornemisza se instale en España exige la autorización previa del Consejo de Ministros en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 39 del Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General Presupuestaria, En su virtud, a propuesta del Ministro de Cultura, de acuerdo con el Consejo de Estado en Pleno y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 16 de diciembre de 1988, dispongo:

“Se autoriza que el contrato que establece las condiciones para la instalación en España de la mayor parte de la Colección Thyssen–Bornemisza, a suscribir entre el Reino de España y Favorita Trustees Limited, quede sometido al Derecho Inglés en cuantos aspectos se relacionen con su interpretación y

cumplimiento. Toda controversia o cuestión que surja como consecuencia de dicho contrato podrá someterse a arbitraje internacional de acuerdo con lo estipulado en el mismo. Art. 2.º Se autoriza que el contrato a suscribir entre el Reino de España, Favorita Trustees Limited y la Fundación Colección Thyssen Bornemisza, quede sometido al Derecho Inglés en cuantos aspectos se relacionen con su interpretación y cumplimiento. Las controversias o cuestiones que surjan como consecuencia de ese contrato podrán someterse a arbitraje internacional en los términos estipulados en el mismo”.

E) Doctrina en el arbitraje *aviones Mirage*

Un ejemplo interesante lo proporciona el Dictamen de la Comisión Permanente del Consejo de Estado de 21 de julio de 1994, lo que demuestra que cuando hacen su aparición necesidades de reconocimiento de actuaciones fuera de nuestras fronteras, de siempre hubo esa posibilidad de sumisión al arbitraje. Se trataba de un asunto, ligado a la Defensa, como era la adquisición de 11 aviones Mirage F.1–Eda (monoplazas), 2 aviones Mirage F.1–Dda (biplazas) y material asociado. Compra que se hacía mediante una adquisición directa. Como consecuencia del contenido de la cláusula secta del contrato sobre “Disputas y Arbitrajes”, se exige, de conformidad con el art. 39 del texto refundido de la Ley General Presupuestaria, de 23 de septiembre de 1988 (entonces vigente), informe del Consejo de Estado en Pleno antes de su aprobación por el Consejo de Ministros y se remite indicando que se haga constar la urgencia del requerido dictamen y puntualizando que los acuerdos alcanzados con el Gobierno del Estado de Qatar sólo serán efectivos si se suscribe el contrato antes del próximo día 31 de julio.

En el caso presente la intervención de este Consejo no se requiere con motivo de una contienda ya suscitada que se pretendiera someter a arbitraje sino respecto de la legalidad de una cláusula de arbitraje que se establece para la solución de las diferencias que surjan en la ejecución de un contrato entre el Reino de España y el Estado de Qatar; cláusula que está redactada en los siguientes términos:

Cláusula 6.– *Disputas y arbitrajes*. 6.1.– Las diferencias o disputas surgidas del Contrato o su ejecución, se solucionarán mediante el acuerdo amigable entre ambas Partes.

Se considerará fallido el intento de solución de una disputa cuando una de las Partes del Contrato la notifique por escrito a la otra.

6.2.– Si tras un intento de solución éste resultare fallido, la disputa será finalmente solucionada en Lausanne (Suiza) con arreglo a las Normas de Conciliación y Arbitrio de la Cámara Internacional de Comercio por tres árbitros nombrados de acuerdo con dichas normas.

El resultado del arbitraje será definitivo y vinculante y no estará sujeto a apelación o recurso de ninguna clase.

6.3.– El presente Contrato será interpretado de acuerdo con las Leyes Federales de Suiza, excluyéndose sus disposiciones sobre conflicto de leyes.

El contrato objeto del presente dictamen queda sometido a las específicas disposiciones contenidas en el Real Decreto 1.120/1977, de 3 de mayo, sobre contratación de material militar en el extranjero, en el cual se diferencia entre los contratos celebrados por “la Administración Militar” con “un Gobierno u Organismo público extranjero” y los celebrados por la Administración Militar y una “Empresa privada extranjera”. Los primeros se rigen –según dice el art. 1º del Real Decreto citado– por las “disposiciones vigentes y por lo expresamente regulado en este Decreto” (que contiene exclusivamente disposiciones sobre actuaciones preparatorias o requisitos previos a la celebración del contrato), mientras que a los segundos se aplica la legislación vigente “en materia de

contratación general del Estado” (art. 9 de la Orden del Ministerio de Hacienda de 16 de junio de 1978 que desarrolla el citado Real Decreto de 1977).

La sumisión de las eventuales diferencias a la Cámara Internacional de Comercio es no sólo legítima sino sumamente conveniente... Por lo que respecta a la fijación de la sede Lausanne para la constitución y actuación de los árbitros que, a tal efecto, se designen, tampoco se suscita dificultad jurídica alguna. El Reglamento de Conciliación Facultativa y Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional en vigor de 1 de junio de 1975 prevé expresamente en su art. 12 que “La Corte de (Arbitraje) fija la sede de arbitraje, a menos que las partes hayan previsto algo a este respecto”. En cuanto al número de árbitros (tres), es conforme asimismo con lo dispuesto en el art. 2.2 del Reglamento de Conciliación Facultativa y Arbitraje de la Cámara. Por lo que se refiere a la sumisión de las partes contratantes a las leyes federales suizas en cuanto a la interpretación del contrato, con expresa exclusión de sus disposiciones sobre conflictos de Leyes, considera este Consejo de Estado que tal previsión es asimismo conforme con las reglas generales de la institución. El Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional firmado en Ginebra en 21 de abril de 1961 prevé expresamente en su art. VII.1º (“Derecho aplicable”) que “Las partes podrán, según su libre criterio, determinar de común acuerdo la Ley que los árbitros habrán de aplicar al fondo de la controversia”. De esta previsión se hace uso explícito en el presente proyecto de contrato en cuanto que somete la interpretación del contrato a las leyes federales suizas, con exclusión, como se ha dicho, de las normas de conflicto.

El Consejo de Estado nada tiene que oponer a la aplicación en cuanto al fondo, de las leyes federales suizas, para la interpretación del contrato. La exclusión de las normas de conflicto puede resultar conveniente, al dejar expedito el camino para resolver sobre las cuestiones de fondo. En otro caso, se plantearía como cuestión previa la determinación de la regla de conflicto, en los términos previstos en el inciso segundo del número 1 del art. VII del citado Convenio de Ginebra de 1961; operación que, de este modo, resulta excluida.

La aplicación de las leyes federales suizas para resolver las dudas sobre la interpretación del contrato no puede excluir –como acertadamente señala la Asesoría Jurídica General del Ministerio de Defensa– que, en primer término, se esté a lo que resulte de las propias estipulaciones del contrato. Se trata éste de un principio general propio no sólo del Derecho español (art. 1281 y concordantes del Código Civil) sino también de otros ordenamientos jurídicos, entre ellos, cabalmente, el ordenamiento suizo. – Finalmente, en cuanto a las reglas del procedimiento, habrá de estarse, llegado, en su caso, el momento, a lo que dispone el citado Reglamento de Conciliación Facultativa y de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, a las que genéricamente se remite el proyecto de contrato.

Así, pues, los contratos que celebre el Estado español con un Estado extranjero, se rigen, en cuanto a su contenido y efectos, por lo que libremente se pacte entre ambos, sin perjuicio de que se apliquen las determinaciones del Real Decreto de 3 de mayo de 1977 y Orden Ministerial citados en cuanto a los trámites o requisitos previos a su celebración. En méritos de cuanto antecede, el Consejo de Estado en Pleno, es de dictamen:

“Que la inclusión de la cláusula de arbitraje, en el proyecto de contrato sometido a dictamen resulta conforme a Derecho.”

II. Justificación del sometimiento del Estado al arbitraje internacional

1. Participación del Estado en los arbitrajes internacionales

Como acabamos de comprobar, la evolución de la economía y de los agentes que intervienen en ella provoca que sea habitual insertar un convenio arbitral en un contrato suscrito por una empresa con un Estado, un organismo público e incluso con una Organización internacional. Muestra de que los particulares cada vez tienen más peso en la economía en detrimento de los Estados, que en ocasiones modifican incluso su legislación tras reunirse con un particular que tiene decidido desembarcar en el país. Lo anterior es fruto de esa evolución que significábamos. Y es que la construcción de las infraestructuras de muchos países por parte de empresas privadas solo puede desarrollarse si existe la palabra del Estado de que pagará. Al igual que grandes inversiones por parte de extranjeros solo se acometen si existe la seguridad de que el Estado no expropiará al inversor. Es aquí donde el arbitraje emerge con claridad para sustraer el monopolio de lo contencioso-administrativo para dirimir conflictos que afecten a las entidades públicas o al propio Estado.

Como hemos comprobado, además, la intervención del arbitraje descongestiona los colapsados Juzgados de lo contencioso-administrativo donde es sencillo que un procedimiento dure tantos años que aunque el resultado sea favorable para el particular, el transcurso del tiempo haga inútil esa resolución. Además, permite una igualdad mayor al no contar la administración con algunas prerrogativas como la autotutela. Y es que esas prerrogativas generan cierta insatisfacción en los administrados. Este tipo de insatisfacción permite erigirse al resto de medios de solución de conflictos, que son vistos por los administrados –y, sobre todo, por las empresas que tienen cierto poder negociador– como la válvula de escape a una jurisdicción obsoleta. Hasta el punto de que la cláusula arbitral (*v.gr.*, en unos pliegos) tiene un poder de atracción sobre empresas, principalmente extranjeras, que confían en el arbitraje como medio de solución de conflictos y cuestionan el partidismo de los jueces locales (no nos referimos exclusivamente a España, sino a la desconfianza generalizada de que los jueces de un país den la razón por sistema al Estado).

Y, aunque ya hemos visto que en una primera fase los Estados aducían la inmunidad de jurisdicción y de ejecución para evitar someterse a arbitraje, hoy día ese manido argumento es rechazado –aunque todavía existe un gran desconocimiento por las pocas veces que se enfrentan los Jueces a esa cuestión– en la mayoría de los casos³¹⁴.

³¹⁴ La CCI sostiene la idea de que una actitud como la expresada constituye una violación flagrante del orden público internacional, aunque cuenta con algunos precedentes en sentido contrario, como el Laudo CCI nº 2321/1974 (*Solel Boneh / Republic of Uganda*). Dicha idea se recoge en las legislaciones europeas como en la Ley suiza de Derecho internacional privado de 1987, donde se dispone que un Estado o una empresa dominada, o una organización controlada por el Estado, no puede invocar su propio Derecho para oponerse a la arbitralidad de un litigio o su capacidad para ser parte de un arbitraje si ésta expresa en el contrato (art. 177.2º). Lo mismo ocurre en España donde el art. 2 LA/2003 establece que “cuando el arbitraje

2. Convenios internacionales sobre protección de inversiones

A) Antecedentes

Como hemos apuntado en las primeras líneas, los inversores extranjeros buscan países cuya seguridad jurídica sea innegable a la hora de escoger donde invertir. Este objetivo siempre ha planeado sobre el mundo inversor y actualmente los APPRIIs constituyen la máxima expresión de la voluntad de los Estado de ofrecer protección a las inversiones extranjeras. A través de los APPRIIs, el inversor extranjero se ve facultado para denunciar una conducta de un Estado, que se encuentra compelido a acudir al arbitraje porque existe un tratado que le obliga a ello en lugar de una cláusula compromisoria. Se trata, por ende, de un arbitraje unilateral³¹⁵.

El camino para llegar a la actual proliferación de APPRIIs no ha sido sencillo. Los acuerdos más prístinos se remontan a los Tratados de Amistad, Comercio y Navegación. El primero de ellos data de 1796, suscrito entre Francia y Estados Unidos³¹⁶. Estos tratados ya contemplaban cláusulas que hoy día se encuentran incorporadas a los APPRIIs como la cláusula de Nación Más Favorecida, la inviolabilidad de la propiedad privada que los nacionales de una parte tuvieran en territorio del otro estado o el libre acceso a los tribunales de justicia de ambos estados independientemente de la nacionalidad del reclamante³¹⁷. En 1868, e instigado porque por aquél entonces no era extraño el uso de la fuerza para el cobro de la deuda externa –la “técnica de la cañonera”–, surge cierta renuencia hacia la inviolabilidad de la propiedad privada extranjera tras la publicación de la obra “Derecho internacional teórico y práctico” por Carlos Calvo que defendía la independencia y soberanía del Estado sobre todos los bienes que se hallaren en territorio nacional³¹⁸.

Esta doctrina se mantiene viva hoy día –aunque cada vez de forma más tibia– y es utilizada por muchos Estados, sobre todo países en desarrollo, para incumplir con los laudos dictados por tribunales internacionales sobre la base de que los extranjeros no deben estar investidos de prerrogativas especiales y se encuentran sometidos tanto a los tribunales como las leyes nacionales. En particular, a la Constitución del país. Debemos destacar que Calvo rechazaba la injerencia de terceros Estados en decisiones

sea internacional y una de las partes sea un Estado o una empresa, sociedad, o organización controlada por un Estado, esta parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio Derecho para sustraerse a las obligaciones dimanantes del convenio estatal”.

³¹⁵ J.C. Fernández Rozas “Internacionalismo versus mercatorismo en la especialización del arbitraje internacional”, *Arbitraje*, vol. V, nº 1, 2012, p. 47.

³¹⁶ H. Wöss, *Naturaleza, Evolución y Contexto del Derecho Internacional de Inversiones*, III Foro de Arbitraje en Materia de Inversión Instituto de Investigaciones Jurídicas /UNAM 2 y 3 de septiembre de 2010

³¹⁷ Como ejemplo hemos tomado como referencia el Tratado de Amistad, Comercio y Navegación rubricado entre los Estados Unidos de América y los Estados Unidos Mejicanos el 5 de abril de 1831.

³¹⁸ F. Tamburini, “Historia y destino de la ‘doctrina Calvo’: ¿actualidad u obsolescencia del pensamiento de Carlos Calvo?”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, vol. 24, 2002, pp. 81–101.

correspondientes al ámbito nacional y expresaba la posibilidad de expropiar aquellos bienes extranjeros que estuvieran estrechamente vinculados a la soberanía nacional; sin embargo, no se mostraba contrario a la posibilidad de someterse a un arbitraje internacional³¹⁹. Esta interferencia de diferentes Estados en los países huéspedes de la inversión se realizaba con ánimo de proteger la propiedad privada de sus propios nacionales que invertían en el país intervenido; lo que se conoce como protección diplomática, que no está limitada al ámbito de las inversiones pero sí fue uno de los primeros instrumentos para la protección de las inversiones y aquí nos referiremos únicamente a su actuación en este ámbito.

La protección diplomática es otro de los instrumentos previos a los APPRI que han allanado el camino de los convenios de protección de inversiones. Surge cuando un particular no logra resarcirse de los daños sufridos por la comisión de actos ilícitos por un Estado huésped de la inversión y tras agotar los recursos internos solicita al Estado del que es nacional que prohíje el conflicto; pero es, sin lugar a duda, una relación interestatal³²⁰ y es un Derecho que corresponde a los Estados de proteger a sus nacionales que se han visto desfavorecidos tras la decisión ilícita del Estado huésped de la inversión.

Recientemente se ha definido como:

“la invocación por un Estado, mediante la acción diplomática o por otros medios de solución pacífica, de la responsabilidad de otro Estado por el perjuicio causado por un hecho internacionalmente ilícito de ese Estado a una persona natural o jurídica que es un nacional del primer Estado con miras a hacer efectiva esa responsabilidad.”³²¹

Para poder tutelar el conflicto que afecta a su nacional, el Estado debía (1) confirmar que efectivamente es nacional de ese Estado –lo que generó multitud de polémicas³²²–; (2) confirmar que el reclamante había agotado los recursos internos que tenía frente al Estado huésped de la inversión; y (3) comprobar que la conducta del nacional reclamante había sido intachable, lo que se ha conocido como “manos limpias” (*Clean Hands*³²³). La práctica demostró la ineficacia de este sistema debido a la concesión de indemnizaciones exiguas, la discrecionalidad del Estado huésped de la inversión a la hora de conceder esa indemnización o la dificultad de distinguir la nacionalidad del sujeto como en el asunto *Barcelona Traction*³²⁴.

En definitiva, las inversiones no se encontraban protegidas eficazmente hasta la consolidación del arbitraje como método alternativo de solución de conflictos. A

³¹⁹ J.C. Fernández Rozas, “América Latina y el arbitraje de inversiones: ¿matrimonio de amor o de conveniencia?”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XXIV, 2009, pp. 13–37.

³²⁰ P.A. Sáenz de Santamaría, “Discrecionalidad en el ejercicio de la protección diplomática y responsabilidad del Estado en el orden interno”, *Anuario Español de Derecho Internacional (Universidad de Navarra)*, vol. III, 1976, p. 322

³²¹ Art. 1 del Proyecto de artículos sobre la Protección Diplomática adoptado por la Comisión de Derecho Internacional en su 58º período de sesiones, en 2006.

³²² A.L. Calvo Caravaca y C. Gutiérrez Espada, “El caso Gutiérrez Menoyo: Cuestiones jurídicas”, *Diario La Ley*, p. 978, tomo 3, 1984, [LA LEY 20109/2001]

³²³ F. Novak Talavera, “Caso Barcelona Traction Light and Power Company Limited. España vs Bélgica”, *Revista Instituto de Estudios Internacionales*, vol. 4, nº 8, 1997, p.86.

³²⁴ Sentencia de la Corte Internacional de Justicia 5 de febrero de 1970.

diferencia de lo que ocurre en la protección diplomática, donde el particular tenía que rogar a su Estado que tutelara el conflicto e iniciara negociaciones interestatales, el arbitraje permite al afectado promover su propia defensa frente al Estado incumplidor en un terreno neutral (deslocalización y anacionalidad del laudo)³²⁵.

El primer APPRI se suscribió entre Alemania y Pakistán en 1959, entrando en vigor en 1962³²⁶. El mayor impulso dado al arbitraje ha surgido, sobre todo, tras la promulgación de la Convención de Washington de 1965, que entró en vigor en 1966, sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados. A través del citado Convenio se creó el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) perteneciente al Banco Mundial.

La creación de esta corte de arbitraje obedeció en parte, “a una solicitud de los gobiernos de los países con inversores dispuestos a expandirse en el extranjero para que el Banco Mundial tuviera un protagonismo en las divergencias relacionadas con inversores³²⁷”. Como botón de muestra a nivel comunitario, baste contemplar que los tres EEMM que más APPRIs han suscrito son: Alemania, Reino Unido y Francia.

B) Características principales de los APPRIS

Las características principales de estos APPRIs, además de las ya indicadas, son la transparencia, la despolitización del litigio y la ejecución directa del laudo sin necesidad de exequátur³²⁸. Para lo cual el instrumento útil es el CVNY 1958. Como la gran parte de tratados internacionales, suelen contener un ámbito de aplicación personal, material, espacial y temporal.

Respecto al ámbito de aplicación personal: cuentan con una definición de lo que se entiende por “inversor”, aunque en ocasiones se emplea el término “nacional” o

³²⁵ *Gas Natural c. República de Argentina* caso CIADI N° ARB/03/10. El Tribunal Arbitral resaltó la neutralidad del marco arbitral CIADI, al señalar que: “La creación del CIADI y la adopción de tratados bilaterales de inversiones ofreció a los inversores garantías de que las controversias que pudieran derivarse de sus inversiones no estarían expuestas a lo que se consideraba como peligro de demoras y presiones políticas a que pudiera dar lugar su resolución en tribunales nacionales. En forma convergente, la posibilidad de recurrir a un arbitraje internacional se estableció para preservar al Estado receptor de la inversión de presiones políticas ejercidas por el Gobierno del Estado de la nacionalidad del inversor”. Esta afirmación se encuentra relacionada con lo dispuesto en el art. 27 del Convenio CIADI, que reza lo siguiente: (1) “Ningún Estado Contratante concederá protección diplomática ni promoverá reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado Contratante hayan consentido en someter o hayan sometido a arbitraje conforme a este Convenio, salvo que este último Estado Contratante no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo. (2) A los efectos de este Artículo, no se considerará como protección diplomática las gestiones diplomáticas informales que tengan como único fin facilitar la resolución de la diferencia.”

³²⁶ J. C. Diez Hochleitner, “El Arbitraje Internacional como cauce de Protección de los inversores extranjeros de los APPRIs”, Versión extractada del trabajo “Protección diplomática y arbitraje de inversiones”, en *Libro homenaje al Profesor Pastor Ridruejo*.

³²⁷ J. C. Fernández Rozas, *Sistema de Derecho...*, op. cit., p. 403.

³²⁸ *Vid.* por completo, J. C. Fernández Rozas “Internacionalismo versus mercatorismo...” *loc. cit.*

“residente”. En ocasiones, incluso, se mezclan ambos términos (*v.gr.*, APPRI entre España y Perú define inversores:

(a) Personas físicas que, en el caso del Reino de España, sean residentes en España con arreglo al derecho español, y, en el caso de la República del Perú, tengan la nacionalidad peruana de conformidad con su legislación. b) Personas jurídicas, incluidas compañías, asociaciones de compañías, sociedades mercantiles y otras organizaciones que se encuentren constituidas o, en cualquier caso, debidamente organizadas según el derecho de esa Parte Contratante y estén controladas efectivamente en el territorio de esa misma Parte Contratante.)

Es una de las cuestiones más controvertidas dentro de las objeciones procesales planteadas por los Estados para evitar la jurisdicción del CIADI. Así, los principales problemas de las personas físicas residen en la doble nacionalidad; mientras que en las personas jurídicas se acentúan estos problemas debido a los diferentes criterios que se pueden adoptar para considerar “nacional” a una empresa (*v.gr.*, criterio registral, criterio de la sede, criterio de control etc.). Luego realizaremos un prolijo desarrollo de los problemas inherentes a la nacionalidad de los inversores y, muy en particular, a lo que definiremos en esta tesis como “ficción nacionalidades”.

Respecto al ámbito de aplicación material: cuentan con una definición precisa de lo que se entiende por inversión, que comprendería bienes y derechos de toda naturaleza, adquiridos de acuerdo con la legislación del país receptor de la inversión, acciones y otras formas de participación en sociedades; préstamos; bienes muebles e inmuebles y otros derechos *in rem*; derechos en el ámbito de la propiedad intelectual, incluyendo expresamente patentes de invención y marcas de comercio, así como licencias de fabricación, conocimientos tecnológicos y derechos de llave («good-will»); concesiones administrativas para la explotación de recursos naturales; e incluso se protege los que en muchos APPRI se denomina «rentas de inversión» que incluye *–inter alia–* beneficios, dividendos, regalías («royalties») e intereses.

Respecto al ámbito de aplicación espacial, suele incluir tanto el territorio terrestre como las áreas marítimas adyacentes en las cuales las partes contratantes ejercen soberanía y jurisdicción.

Por último, respecto a la aplicación temporal del APPRI, suele preverse entre diez y quince años de duración. Si bien, para evitar que una de las partes contratantes denuncie un tratado al poco de modificar su legislación o de expropiar a los inversores, se prevé que el APPRI se mantenga en vigor entre diez y quince años tras la denuncia.

Otras características típicas son la contemplación de un trato justo y equitativo en caso de expropiación directa o indirecta, la cláusula de Nación Más Favorecida –una suerte de *pari passu*–, la libre repatriación de capitales o la liquidación de la inversión sin cortapisas³²⁹. Suelen incluir cláusulas escalonadas, que obligan al inversor a negociar con el Estado previamente a iniciar el litigio arbitral frente al Estado huésped

³²⁹ J. Díez Hochleitner, “El Arbitraje Internacional como cauce de Protección de los inversores extranjeros ...”, *loc. cit.*, p.2

de la inversión³³⁰ y normalmente se renuevan por periodos sucesivos salvo que medie denuncia previa del APPRI por uno de los Estados contratantes.

En efecto, la preocupación principal de las empresas con necesidad de expandirse en el mercado internacional era la inestabilidad jurídica que ofrecían algunos Estados que podrían recibir la inversión de estas corporaciones. Por esta razón surge la necesidad de excluir la jurisdicción local cuando un inversor extranjero se enfrente a un Estado. El arbitraje es un instrumento imprescindible para fomentar la participación de los Estados y las Administraciones Públicas en los negocios internacionales al no existir una jurisdicción común a todos los Estados. El particular busca, a través del arbitraje, una seguridad jurídica superior a la que —en principio— dispensan los tribunales locales.

En este punto debemos recordar que procuran una protección al inversor extranjero frente al Estado huésped de la inversión y no abarcan los conflictos entre particulares³³¹ ni entre Estados³³² ni conflictos contractuales inversor-Estado³³³ ni por nacionales del Estado demandado³³⁴, lo que constituye una compleja tarea a dirimir por el tribunal arbitral. El discernimiento de estas cuestiones ha sido debatido en varios procedimientos —algunos referenciados a pie de página— y decididamente dependerá del caso concreto evaluado por el tribunal arbitral.

Por no extendernos en las características de los APPRI, sobradamente conocidas, sí debemos señalar que el crecimiento de las inversiones ha provocado una proliferación de APPRI desde los años noventa e incluso en la última década³³⁵. En la

³³⁰ La falta de cumplimiento con una cláusula escalonada puede motivar la nulidad del laudo. En el arbitraje *Emirates Trading Agency LLC c. Prime Mineral Exports Private Limited*, la Queen's Bench Division de Inglaterra dictó Sentencia del 1 de julio de 2014 señalando la obligatoriedad de cumplir con dichas cláusulas. No obstante, añadió que en el citado caso se había cumplido con el periodo de negociación previo estipulado en el contrato y que procedía continuar el arbitraje ante la CCI.

³³¹ En el caso *Emilio A. Maffezini c. Reino de España* caso CIADI N° ARB/97/7, se discutió que la empresa SODIGA, al estar participada por la Administración Pública española y funcionar como un apéndice de ésta, podría comprometer a España en un arbitraje internacional.

³³² En el asunto *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A. S. c. República de Eslovaquia*, Caso CIADI N° ARB/97/4 Decisión sobre objeciones a la jurisdicción, 24 de mayo de 1999, se afirmó por el Tribunal Arbitral que el hecho de que el demandante estuviera participado por el Estado no le impedía ser considerado “nacional de otro Estado contratante” a los efectos de acudir al CIADI a resolver el conflicto surgido con el Estado receptor de la inversión.

³³³ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal v. República Argentina*, Caso CIADI n° ARB/97/3, donde se distinguió entre lo que suponían los *treaty claims* las *contractual claims*. Decisión de anulación, 3 de julio de 2002.

³³⁴ *Hermanos Micula c. Rumanía*, Caso CIADI No. ARB/05/20.

³³⁵ J. Díez-Hochleitner, “La eficacia de los tratados de protección de inversiones extranjeras”, Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos, jornadas sobre *La Seguridad Jurídica y las Inversiones Extranjeras en América Latina* de 11 y 12 de diciembre de 2003, fijaba el número de APPRI suscritos por España en 47, mientras que apenas 7 años más tarde, J.C. Fernández Rozas, *Sistema de Derecho Económico... op. cit.* p. 391, fija el número de APPRI suscritos por España en 72, si bien matiza que “10 de ellos aún no están en vigor, y uno es aplicable provisionalmente”. Damos acceso a esta lista a través del siguiente enlace: <http://www.comercio.gob.es/es-ES/inversiones-exterior-res/acuerdos-internacionales/acuerdos-promocion-proteccion-reciproca-inversiones-appris/PDF/lista-appri-vigor/2013-10-02-ListaApris.pdf>.

actualidad, el número de APPRIs supera los 3.000. Este incremento de APPRIs y de arbitrajes de inversiones demuestra que el arbitraje de inversiones funciona, a pesar de que la anulación de algunos laudos por motivos dudosos ha provocado cierto escepticismo en el sistema³³⁶.

C) Recepción el el sistema español

Por su importancia, debemos destacar que los APPRIs suscritos por España precisan de esa autorización de las Cortes al amparo del art. 94.1º CE. La ratificación de los APPRIs necesita una previa autorización de las Cortes tanto por el apartado “d)” relativo a los gastos que puede generar para la Hacienda Pública –la ratificación del Tratado, en sí, no la provoca, pero sí el desarrollo del mismo que permite que un tribunal CIADI condene a España–, como el apartado “e)” sustracción de la competencia atribuida por el art. 24 LOPJ a los tribunales españoles³³⁷.

Respecto a la ratificación del Convenio de Washington de 1965, el dictamen 1436/1993 del Consejo de Estado dispuso:

“Este sometimiento a arbitraje, se decía entonces, reduce el ámbito de la jurisdicción de los Tribunales españoles, tal y como se define éste en la Ley Orgánica del Poder Judicial, por lo que resulta necesaria la autorización de las Cortes Generales para la válida prestación del consentimiento.

Ciertamente para la posición tradicional española, se trata de favorecer un entorno amigable y favorable a la inversión, si bien, los nuevos aspectos que se están paulatinamente incorporando, tales como la atención a bienes públicos de primer orden (medio ambiente, minorías, derechos humanos), no se tienen suficientemente en cuenta. Aunque hay que decir que también el Estado receptor es muchas veces el primero en olvidarse de tales exigencias, atrayendo inversiones y luego planteando los problemas. En un orden racional y lógico, deberían adoptarse criterios preventivos y análisis preliminares antes de entrar a fondo en tales inversiones, garantizando, hasta donde se pueda, el respeto, por parte de inversionistas y de receptores, de tales bienes públicos novedosamente incluidos en los APPRIs. Como ejemplo de una posición clásica, en parte ya superada, puede citarse, “ la presentación que que el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio español realiza sobre los APPRIs (Acuerdos para la promoción y protección recíproca de inversiones), se aprecia que ésta recoge exclusivamente una perspectiva tradicional del fenómeno: estos Tratados “han de proporcionar un ambiente estable y favorable a la inversión que permita reducir los factores de incertidumbre política y jurídica que a veces afectan al desarrollo de los proyectos de inversión a los que se suele enfrentar la empresa en el exterior”, presentando además una visión meramente unilateral “los APPRIs son un instrumento básico en el contexto de los planes de apoyo a la internacionalización de la empresa española”. Si bien, en general, las inversiones españolas han pretendido por razones internas, de aplicación de normas europeas e internacionales, además de las nacionales, respetar tales exigencias.

³³⁶ H. Wöss, “El Orden público, Derecho público, cosa juzgada e inarbitrabilidad en contratos públicos en México (la anulación del laudo del Caso ICC 13613/CCO/JRF)”, *Spain Arbitration Review*, nº 14, 2013, p.3.

³³⁷ En el dictamen del Consejo de Estado 1090/1993 relativo al Acuerdo para Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre España y la República Federal de Nigeria, se indicaba:

“Es cierto que, como apunta el Gabinete de Tratados, el eventual sometimiento a arbitraje de las controversias entre la Administración española y los inversores nigerianos reduciría el ámbito de jurisdicción que según el art. 24 de la Ley Orgánica del Poder Judicial corresponde a los tribunales del orden contencioso–administrativo.”

A igual conclusión se llega en esta consulta. Debe destacarse en este sentido que el procedimiento establecido en el Convenio de referencia tendrá una especial relevancia, dado el carácter multilateral del mismo y el elevado número de Estados que se han adherido a él. Y, aunque en el Convenio se dispone que el sometimiento a arbitraje estará condicionado al consentimiento de las Partes, una vez prestado éste el Estado se compromete a acatar y cumplir el laudo, sin que pueda ser objeto de apelación, reduciéndose, en consecuencia, la jurisdicción de los Tribunales españoles.

Por otra parte, el arbitraje está regulado en el Derecho español por una norma de rango legal, la Ley 38/1988, de 5 de diciembre.

Debe concluirse, pues, que es necesaria la autorización de las Cortes Generales al ser de aplicación el art. 94.1 CE, apartado e).”

Podría plantearse que permitir que un tribunal arbitral, como ocurre en el CIADI, dicte un laudo que no precisa de execuátur –lo que supone su reconocimiento inmediato como si se tratara de una resolución judicial interna– supone una cesión de las competencias constitucionales que los arts. 106 y 117 CE atribuyen a los Jueces –de lo contencioso–administrativo–; lo que obligaría a haber utilizado el cauce del 93 CE. Sin embargo, y aunque el dictamen del Consejo de Estado es excesivamente parco en palabras –posiblemente porque los procedimientos CIADI eran casi inéditos en los años 90– es preferible el uso del 94.1 CE porque, como reza el propio Convenio,

“... la mera ratificación aceptación o aprobación de este Convenio por parte del Estado Contratante no se reputará que constituye una obligación de someter ninguna diferencia determinada a conciliación o arbitraje a no ser que medie el consentimiento de dicho Estado.”

Con lo que es preciso un segundo tratado (APPRI) que contemple la posibilidad de acudir a arbitraje. Y, en cualquier caso, no reside en el Banco Mundial la potestad para dictar laudos condenatorios, que será del tribunal arbitral designado.

Respecto a la ausencia de forma de ley para la autorización de los tratados³³⁸, parece un acierto reducir las exigencias formales a la mayoría de las Cámaras³³⁹ pues, paradójicamente, no sería una Ley con efectos normativos sino un mero instrumento para la introducción del tratado en el ordenamiento jurídico interno, lo que en el ordenamiento jurídico español ocurre directamente por aplicación del art. 96.1º CE que exige la publicación del tratado para que produzca efectos en el ordenamiento jurídico interno. A lo que se ha acomodado, como veremos, la LTAI.

La importancia del CIADI. El Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, hecho en Washington el 18 de marzo de 1965 (Convenio CIADI) se publicó en el BOE el 13 de septiembre de 1994,

³³⁸ J. Díez Hochleitner en *Comentarios a la Constitución Española* (M. Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer y M.E. Casas Baamonde, coords.), 1º ed. Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del Estado, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia, p. 327

³³⁹ Art. 74.2º CE: Las decisiones de las Cortes Generales previstas en los arts. 94, 1, 145, 2 y 158, 2, se adoptarán por mayoría de cada una de las Cámaras. En el primer caso, el procedimiento se iniciará por el Congreso, y en los otros dos, por el Senado. En ambos casos, si no hubiera acuerdo entre Senado y Congreso, se intentará obtener por una Comisión Mixta compuesta de igual número de Diputados y Senadores. La Comisión presentará un texto que será votado por ambas Cámaras. Si no se aprueba en la forma establecida, decidirá el Congreso por mayoría absoluta

siendo el Reino de España el último de los países comunitarios (de entonces) en formar parte del Convenio CIADI (aprobado sin vetos de ningún tipo)³⁴⁰. Las dudas sobre el procedimiento de autorización surgen porque el Reino de España cede competencias en materia jurisdiccional al permitir que un Tribunal arbitral, auspiciado por un Convenio internacional, resuelva disputas que afectan al Reino de España, reduciendo el ámbito de la jurisdicción de los Tribunales españoles.

El Consejo de Estado junto al Gabinete de Tratados de la Secretaría Técnica del Ministerio de Asuntos Exteriores siempre han coincidido en que el procedimiento de autorización de un APPRI debe ser el establecido en el art. 94.1 debido a que (i) afecta a materia bajo reserva de ley como es la expropiación de inversiones extranjeras y (ii) el sometimiento a arbitraje por reducir las potestades exorbitantes del art. 24 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Cierto es que para el caso de los APPRI, ambos organismos aciertan en exigir la autorización previa de las Cortes Generales por mor del art. 94.1 CE. No obstante, mayores dudas deberían haber surgido con la ratificación del Convenio CIADI. Tanto el dictamen 1436/1993 del Consejo de Estado como el confeccionado por el Gabinete de Tratados de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Asuntos Exteriores consideraban que el Convenio se encuadraba en este último supuesto “e)”, requiriendo la autorización de las Cortes Generales para la aprobación del Tratado. Cabe preguntarse si no hubiera sido más lógico ampararse en el art. 93 CE. Así, el Convenio CIADI es *self-executing* en virtud de su art. 54.1³⁴¹ y los laudos dictados bajo sus auspicios son directamente ejecutables y no pueden ser objeto de una acción de anulación típica y distinta de la que el propio mecanismo del Convenio CIADI permite, de forma que el Estado firmante pierde el control absoluto sobre los laudos que se dicten y el patrimonio del Estado puede verse afectado por una ejecución en cualquier lugar del mundo.

En este caso entendemos que no habría surgido ningún problema ante la unanimidad gubernamental para ratificar el Convenio CIADI y porque el procedimiento establecido en el art. 94.1 sigue revistiendo ciertas formalidades como la emisión previa del dictamen del Consejo de Estado³⁴² y la autorización por las Cortes Generales, aunque no exija la forma de Ley Orgánica (que se antoja innecesaria). Cuestión distinta sería si se entiende innecesaria la autorización previa de las Cortes, en cuyo caso, el Gobierno, haciendo uso de la facultad prevista en el art. 97 CE podría concluir Tratados sin pasar por las Cortes.

El Gabinete Técnico en los APPRI embrionarios (como el suscrito con Perú) dudaba si la autorización previa de las Cortes era exigida por ser un tratado de carácter político (apartado (a) art. 94.1º CE) o por implicar obligaciones de la Hacienda Pública (apartado (d) art. 94.1 CE). Pues bien, el carácter político no puede utilizarse de modo amplio

³⁴⁰ Acta del Senado de 29 de abril de 1994.

³⁴¹ “Todo Estado Contratante reconocerá al laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratara de una Sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado. El Estado Contratante que se rija por una constitución federal podrá hacer que se ejecuten los laudos a través de sus tribunales federales y podrá disponer que dichos tribunales reconozcan al laudo la misma eficacia que a las Sentencias firmes dictadas por los tribunales de cualquiera de los estados que lo integran”.

³⁴² Art. 22.1 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril.

dado que implicaría la subsunción de números tratados dentro del procedimiento de autorización previsto en el art. 94.1º CE y un acuerdo de promoción y protección recíproca de inversiones pueda materialmente considerarse un tratado político, como no lo fueron, en su momento los tratados de amistad.

Por su parte, el apartado (d) podría utilizarse de aplicación para el caso en el que la firma del APPRI obligara al Estado a asumir alguna obligación financiera. Lo que tampoco sucede; sin embargo es más cuestionable, como hemos anticipado, porque permitiría la intervención de un tribunal arbitral y el laudo dictado al amparo de ese APPRI condenara al Estado a abonar un importe determinado; con lo que indirectamente la suscripción del APPRI supone obligaciones financieras para la Hacienda Pública.

III. Arbitraje afectados por una materia constitucional

1. Posturas en presencia

Debemos observar la posibilidad de que en virtud de un tratado se haya abierto un procedimiento arbitral cuyo objeto afecte a una materia constitucional. En estos supuestos, no parece de recibo que un Estado acuda al arbitraje sin examinar la posible incompatibilidad de la materia arbitrada. En estos casos, la opción más plausible es la de plantear la posible constitucionalidad del tratado con anterioridad a resolver el conflicto. Así se evita que se pueda dictar un laudo que vulnere una norma jerárquicamente superior y, por ende, no sea reconocido ni ejecutable. Los propios árbitros serán, los que en virtud del principio *Kompetenz–Kompetenz* resuelvan el conflicto de jurisdicción que se plantee durante el proceso arbitral.

En el caso resuelto por la Sentencia de la Sala Plena de Colombia de 23 de abril de 2002 (C–294/02), se discutía la constitucionalidad del APPRI suscrito entre Chile y Colombia el 22 de enero del año 2000. La Sala resolvió señalando que–

“... el arreglo directo y el arbitramento son mecanismos civilizados de dar solución en forma pacífica y pronta a los conflictos que se presentan entre las partes contratantes, en la aplicación, interpretación, desarrollo y ejecución del instrumento internacional que es objeto de revisión”³⁴³.

De idéntica forma se pronunció el Tribunal Constitucional de Bolivia en Sentencia de 10 de mayo de 2006, en la que se solventa, de forma favorable al arbitraje, el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el diputado W. B. Magne Hinojosa frente a la Ley Ratificatoria 1593 –entre otras muchas–, de 12 de agosto de 1994, de adhesión de Bolivia al Convenio de Washington por ser contraria al art. 135 Constitución Política del Estado Bolivariano, que establecía que todas las empresas sitas en territorio boliviano se considerarían nacionales bolivianos y estarían sometidos a las leyes y autoridades de la República³⁴⁴.

No todo son elogios para los tribunales protectores de las constituciones. Así, Argentina mantuvo que al ser los tratados internacionales de un orden jerárquico inferior a la Constitución, las Sentencias dictadas al amparo de un tratado deben ser sometidas a un control de validez posterior³⁴⁵. Es el caso de *José Cartellone*, que había celebrado un contrato de obra pública con Hidronor en el que se previó la sumisión a juicio arbitral

³⁴³ J.C. Fernández Rozas, *Sistema de Derecho...*, op.cit., p. 410.

³⁴⁴ Si bien, no podemos dejar de mencionar que Bolivia se retiró del CIADI el 2 de mayo de 2007, debido a la decisión tomada por el canciller de la República, DaVid. choquehuanca, que justificó la medida por considerar que el organismo no es equilibrado en sus decisiones.

³⁴⁵ Lo que sucedió en el conocido caso *Cartellone*, si bien, la referencia al orden público se exige ser demostrada de forma enérgica bajo pena de rechazo como sucedió en la Sentencia de 8 de agosto de 2007 dictada por la Sala D de la Cámara Comercial en la que se discutía sobre un recurso de queja interpuesto por la parte perdedora de un laudo dictado por la CCI.

por las controversias que surgieran entre las partes previo paso por la fase administrativa. Asimismo, pactaron, *ex ante* la imposibilidad de recurrir el laudo que recayera en el proceso. La Corte Suprema de Justicia argentina, en Sentencia de 1 de junio de 2004, sostuvo que la renuncia a la reclamación del laudo no era aceptable cuando se discutiera una materia que afectara al orden público y constitucional y terminó por revocar el laudo.

Como podemos observar, las resoluciones son cambiantes según el albur territorial donde se ventile la controversia. Ciertamente el control constitucional previo a la ratificación del Tratado parece ser la solución más digna: si se declara que no es posible someter la controversia a arbitraje por vulnerar la Constitución, la controversia deberá quedar sujeta a los tribunales locales, pero antes de haber generado Derechos para los particulares en el ámbito internacional. Si hubiera generado derechos en el plano internacional, deberán ser mantenidos. Solo cuando el Estado denuncie el tratado y pueda apartarse del mismo dejará de ser responsable —en muchas ocasiones se mantienen los efectos del tratado durante un periodo de tiempo tras la denuncia para evitar que el Estado se aparte inmediatamente cuando no le conviene—. En todo caso, la discusión previa debe hacerse al objetar la jurisdicción arbitral. Eso sí, si la cuestión de la inarbitrabilidad de la controversia es alegada por el Estado una vez conocido el resultado del laudo, los tribunales locales deberían apartarse del conocimiento de esa disputa y, ante todo se deberían exigir responsabilidades al Estado, por ser una cuestión de preceptivo alegato previo como es la capacidad de someter una determinada materia a arbitraje.

2. Jurisprudencia contenciosa frente a la civil: la solución del Tribunal des Conflits

A) Exposición general de las posibilidades conflictuales entre jurisdicciones

Al igual que en España, en Francia, prototipo de país de *régime administratif* puede darse un conflicto entre la jurisdicción y la administración, entre jueces y órganos administrativos. Algo inconcebible en los países del *common law* donde no existe jurisdicción contencioso-administrativa porque no existe un acto administrativo ejecutivo que se imponga forzosamente que solamente después se pueda discutir ante una jurisdicción especializada. Si la Administración es desobedecida tiene la necesidad de impetrar el auxilio judicial; pero la Administración no puede plantear ningún conflicto a los Jueces, cuyo imperio se impone por igual a ciudadanos (*subjects*) y a los poderes públicos. Y tampoco puede existir siquiera un mero conflicto de atribuciones entre dos jurisdicciones —civil y contenciosa— porque por definición esta última no existe y es solamente el juez natural (*Judge of the Land*) el que decide³⁴⁶.

Pero en nuestros sistemas, sin duda puede ocurrir que un tema sea disputado entre administración y jueces o entre los propios jueces, por las dudas que pudieran surgir de si corresponde al orden civil o al orden contencioso. Para resolver estos conflictos de

³⁴⁶ A.T. Von Mehren, *Law in the United States. A General and Comparative View*, Boston, Kluwer, 1988, p. 3 ss.

competencia, en Francia existe un *Tribunal des Conflits*. Así, es perfectamente posible y nada inusual, que un mismo asunto sea reclamado o sea rechazado (conflictos positivos o negativos) por dos órganos jurisdiccionales, respectivamente civil y administrativo. No se considera fraude procesal que, bajo la cobertura de supuestas dudas, se planteé simultáneamente un determinado asunto ante ambas jurisdicciones, lo que como produce por necesidad un bloqueo que imperativamente impone la remisión de la cuestión jurisdiccional ante dicho *Tribunal des Conflits*.

Pues bien, uno de los últimos asaltos al bastión de la inmunidad del Estado y sus entes públicos frente al arbitraje, ha sido resuelto, favorablemente al arbitraje sobre personas de Derecho público, gracias a una importante decisión del *Tribunal des Conflits*. Decisión que constituye un hito en la jurisprudencia francesa sobre la arbitrabilidad de los actos del poder público.

B) El asunto *INSERM*: una última solución entre Pilatos y Salomón

El asunto *INSERM*³⁴⁷ fue resuelto definitivamente por el *Tribunal des Conflits* el 17 de mayo de 2010. La jurisdicción civil en el asunto *Galakis* ya visto, había concluido que “el Estado no tiene prohibido concluir un contrato de compromiso en asuntos internacionales”. Coherentemente, debería ser pacífico que también la jurisdicción contenciosa, los tribunales administrativos y en la cúspide el *Conseil d'État*, actuaran de forma idéntica y admitieran que el Estado y sus entes tuvieran que aceptar el sometimiento al arbitraje que hubieran firmado. Sorprendentemente no resulta ser así. Y el caso que comentamos lo muestra claramente, ya que, insistamos, no se considera fraude ni abuso de litigación que cuando un litigante (público en nuestro caso) actúa en una jurisdicción, luego, si el resultado no le es satisfactorio, acuda a la jurisdicción contenciosa.

De entrada, y en contra de la opinión de la *Cour de Cassation*, el *Conseil d'État*, a su vez máximo órgano judicial administrativo, ya se había pronunciado muy restrictivamente sobre el arbitraje en materia administrativa en el asunto *Eurodisney* de 6 de marzo de 1986 (contrato concluido entre el Estado francés, el departamento de Val du Marne y el establecimiento público de la nueva villa *Marne-la-Vallée* de una parte y la sociedad *Walt Disney Productions*). El *Conseil d'État* entendía que la cláusula compromisoria de arbitraje entre la compañía Walt Disney y la Administración para la realización de las obras del famoso parque temático no podía circunvalar la imperativa jurisdicción contencioso – administrativa francesa, ya que todo el Derecho administrativo francés, decía el *Conseil d'État*, era de competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa por ser propio del Derecho público francés, pese a que claramente afectaba al comercio internacional.

Con los precedentes indicados, se intentaba resolver más ágilmente los procesos. En 2006, el Ministro de Justicia, estableció una Comisión que actuaría como grupo de trabajo para proponer cambios que culminaran un cambio aceptable del arbitraje público.

³⁴⁷ M. Laazouzi, “L’impérativité, l’arbitrage international des contrats administratifs et le conflit de lois”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, vol. 99, n° 4, 2010, pp. 653–688.

El informe, llamado *Report Labetouille*, entregado el 13 de marzo de 2007, proponía acabar con la prohibición del art. 2060 del *Code Civil* de sometimiento a arbitraje, si bien establecía reglas especiales de arbitraje sobre las Administraciones Públicas, lo que entre otras cuestiones suponía desfigurar el propio concepto de arbitraje sobre las Administraciones Públicas, por lo que la comunidad arbitral lo criticó severamente.

El asunto INSERM es un litigio entre el Instituto Francés de Investigación Médica y de la Salud (INSERM), un organismo público francés, y la fundación Noruega Letten F. Saugstad, que habían establecido contractualmente un acuerdo de cooperación sujeto a cláusula de arbitraje.

Surgidas desavenencias contractuales, el INSERM decidió acudir a la jurisdicción civil, y si bien en primera instancia se acogió su demanda, la *Cour d'Appel de Paris* revocó esa decisión y se declaró incompetente por: a) existir el compromiso arbitral y ser la prohibición del art. 2060 *Code Civil* una norma pensada exclusivamente para el derecho interno y que b) no se estaba discutiendo una cuestión de orden público. Finalmente el *Président du Tribunal de Grande Instance de Paris* designó árbitro que dictó laudo desfavorable para el INSERM el 4 de mayo de 2007.

Una vez rendido el laudo, el INSERM solicitó su nulidad ante la *Cour d'Appel de Paris*³⁴⁸ y simultáneamente recurrió al Tribunal Administrativo de Marsella, que elevó la cuestión al *Conseil d'État*, quien a su vez entendió que la cuestión era lo suficientemente ardua y compleja como para a su vez remitirla al *Tribunal des Conflits* para que dirimiera qué jurisdicción es competente, si la civil o la contencioso administrativa³⁴⁹.

En el fondo, escondido detrás del tema de la jurisdicción, todos sabían en la comunidad jurídica que en realidad no se estaba ventilando cuál sería la jurisdicción competente sino si era o no válida la cláusula de arbitraje suscrita por un organismo público francés; porque si se decidía que era competente el *Conseil d'État*, pese a la evolución singular del asunto *Eurodisney*, éste no tendría más remedio que sostener su propia doctrina, a saber, que era nula una cláusula de sometimiento a arbitraje realizada por un ente público. Y si, por el contrario, el asunto se decantaba del lado de la jurisdicción civil, siguiendo los asuntos *Galakis* y *Gatoil*, esa cláusula se entendería completamente válida y eficaz. Sin embargo, la decisión del *Tribunal des Conflits*, casi como Pilatos y Salomón, no da la razón totalmente a nadie, provocando así, de paso, la crítica acerba de la doctrina arbitrista que ve cómo además se parte de forma salomónica la solución.

En efecto, indica el *Tribunal des Conflits*, que: “el cuestionamiento de un laudo arbitral rendido en Francia sobre la base de un convenio arbitral contenido en un contrato entre una entidad pública francesa de Derecho público y una compañía extranjera que ha sido ejecutado en territorio francés y que afecta a los intereses del comercio internacional, tiene que ser atribuido a la Corte de Apelación (civil) del lugar en que se dictó el

³⁴⁸ Que rechazó la anulación mediante Sentencia de 13 de noviembre de 2008.

³⁴⁹ En el fondo de la cuestión lo que se dilucidaba realmente era si la cláusula de arbitraje iba a prosperar o no, porque con los Tribunales Civiles sí prevalecería, y con los Tribunales Contenciosos, se anularía. El *Tribunal des Conflits* es precisamente el que tiene como función resolver en caso de conflicto entre las distintas jurisdicciones, decidiendo cuál es la competente para resolver de un determinado asunto.

laudo, de conformidad con el art. 1505 del Código de Procedimiento Civil incluso si el contrato se considera administrativo de acuerdo con el Derecho interno francés”.

Hasta aquí, todo correcto. Pero el Tribunal de Conflictos, lamentablemente, añadió una serie de excepciones a la competencia de la *Cour d'Appel* atribuyendo en tales excepciones la competencia al *Conseil d'État* con lo que ello supone en cuanto al fondo:

“La situación es diferente, cuando el recurso interpuesto en las mismas circunstancias, implica que el laudo, tiene que ser examinado de acuerdo con reglas imperativas Francesas de Derecho público sobre el demanio público o las reglas que rigen el gasto público en los contratos públicos, o que rigen la asociación público privada o a la concesión de servicios públicos, puesto que tales acuerdos están sometidos a reglas imperativas de régimen administrativo, esto es, de políticas públicas. Un recurso interpuesto respecto de este tipo de contratos, está sometido a la jurisdicción de los Tribunales contenciosos administrativos”.

Es decir, cuando se cuestione un laudo arbitral internacional que afecte a contratos internacionales administrativos que suponga la aplicación de reglas imperativas de Derecho administrativo francés, la jurisdicción competente será la contenciosa administrativa y no lo será la jurisdicción civil. Y estas excepciones pueden ser realmente muy amplias, desnaturalizando la solución ofrecida.

Desde nuestra perspectiva, concebimos que debe exigirse en todo caso responsabilidad a la persona que suscriba un convenio arbitral comprometiendo a una entidad pública que carecía de capacidad para someterse a arbitraje, máxime si esta cuestión se discute una vez rendido un laudo desfavorable, cuestión que se resolverá conforme a Derecho público. En cambio, en caso de que haya comprometido a una entidad pública una persona que carece de poder para ello, se dirimirá la problemática de la capacidad descendiendo al terreno de lo privado con observancia de los poderes otorgados a la persona que ratificó el convenio arbitral.

IV. Problemas de inmunidad de jurisdicción y de inmunidad de ejecución

1. Una breve aproximación histórica³⁵⁰: los tiempos están cambiando

Quizás si hubiera tenido que examinar este tema hace unos años, habría entrado con naturalidad en el examen directo de las relaciones entre la inmunidad del Estado y el Arbitraje en el ámbito del CIADI (art. 55³⁵¹) y de los demás Tratados que específicamente promocionan y protegen las inversiones.

Asimismo habría tenido que estudiar las cláusulas compromisorias de los tratados bilaterales de promoción y protección de inversiones que desde 1959 (Alemania con Pakistán 25/11/1959) han proliferado, sobre todo tras el impulso para su celebración que supusieron las consecuencias del conocido asunto del Tribunal Internacional de Justicia, *Barcelona Traction Light and Power Limited* de 5 de febrero de 1970 que dejó sentada la necesidad de protección de nacionales y por ende la firma de tratados por Estados que permitieran a las filiales –aún registradas en otros países– disponer de la nacionalidad del inversionista extranjero y no como ocurría en el Derecho Internacional consuetudinario que otorgaba protección a una compañía y sus filiales solamente del Estado en que está registrada (en el caso, la inscripción en el registro, recordemos, se había realizado en el de Canadá, pero la mayoría de los accionistas eran belgas, por lo que el Reino de Bélgica había otorgado protección diplomática a sus ciudadanos accionistas de la compañía demandando al Reino de España ante la Corte Internacional de Justicia por la expropiación de aquellas acciones). Así lo indica, por ejemplo, Omar E. García-Bolívar³⁵².

³⁵¹ Art. 55. Nada de lo dispuesto en el art. 54 se interpretará como derogatorio de las leyes vigentes en cualquier Estado Contratante relativas a la inmunidad en materia de ejecución de dicho Estado o de otro Estado extranjero.

³⁵² O.E. García- Bolívar, *Nociones básicas del arbitraje internacional de inversiones*. (disponible en Internet. Consulta 23 mayo de 2016). La necesidad de proteger la inversión, y para ello acudir al sistema de arbitrajes, parece hoy incontestable, pero francamente mejorable en muchos aspectos (confidencialidad, transparencia, apelación, circunstancias sobrevenidas, tribunales permanentes...). Incontestable dada la actitud inevitablemente protectora del Estado en la inmensa mayor parte de los Estados, que hacen de la soberanía, expresada en sus Leyes y Decretos, una barrera inexpugnable y que puede romper, y rompe, la confianza depositada en su “llamada a la inversión” que previamente han hecho y luego desconocen. Mejorable pues, pero hoy por hoy, impresidiible. Si no, ¿Por qué surge el arbitraje de inversiones en 1959 y se ha multiplicado por miles, como esporas en primavera desde entonces? ¿Por qué aceptan inicialmente el arbitraje de inversiones los Estados a la hora de llamar a los inversionistas y luego, pero solamente luego, comienzan las críticas? Ciertamente, una Ley no es un contrato, pero la palabra del Estado, debería ser sagrada. Incumplir su palabra, aun expresada en forma de Ley, es el primer paso para no creer en el Estado y darlo por fallido. Por eso, resulta peculiar la crítica realizada por J. Fernández-Armesto, “un juge espagnol spécialisé dans l’arbitrage: “*Il m’arrive de me réveiller la nuit en y pensant, et je ne comprends toujours pas comment les Etats souverains ont pu accepter le principe même d’un arbitrage en matière d’investissement. (...) Trois personnes privées sont investies du pouvoir d’examiner, sans la moindre restriction ni procédure d’appel, toutes les actions du gouvernement, toutes les décisions des tribunaux, et toutes les lois et règlements qui émanent*

Y luego, habría pasado a examinar, en la medida de lo posible los casos de inejecución y su relación con este doble tipo de inmunidades— de jurisdicción y de ejecución— en los diferentes asuntos que las distintas Cortes van aportando en aplicación de las remisiones que efectúan tales Tratados bilaterales de inversión.

No obstante, el dato, importante, de contar con una Ley en España sobre esta materia, (Ley Orgánica 16/2015 de 27 de octubre, Sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España³⁵³) obliga ineludiblemente su examen, puesto que es una novedad que, en modo alguno, puede quedar pasada por alto. Lo que impone que este trabajo tenga como centro de gravedad permanente dicho texto legal. Advertimos que nos centraremos sobre las inmunidades jurisdiccionales del Estado extranjero en España (jurisdicción y ejecución) dejando para otra ocasión las referidas a Jefes de Estado y de Gobierno, Ministros de Asuntos Exteriores, buques de guerra y buques y aeronaves del Estado, Fuerzas Armadas visitantes, organizaciones internacionales con sede u oficina en España y sus bienes y las conferencias y reuniones internacionales celebradas en España³⁵⁴.

Al mismo tiempo, y salvo las referencias imprescindibles, no se abordará el tema vecino, y a veces confusamente entremezclado con éste, de la protección diplomática y los privilegios e inmunidades diplomáticas y consulares³⁵⁵. Advierten sobre esta confusión trabajos como el del profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez³⁵⁶ o, también la aportación de M.A Ruiz Colome³⁵⁷.

Recordemos precisamente cómo, en doctrina y jurisprudencia, lo habitual hasta ahora, era siempre comenzar señalando esa falta de legislación, insistir en la inseguridad jurídica que producía el doble reenvío — de la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley de Enjuiciamiento Civil al Derecho Internacional y de éste a la jurisprudencia

du Parlement”, citado dans Friends of the Earth Europe, “The TTIP of the Anti-Democratic Iceberg”, October 2013. Repetida en inglés: “The TTIP of the anti-democracy iceberg. The risks of including investor-to-state dispute settlement in transatlantic trade talks” October 2013. “*When I wake up at night and think about arbitration, it never ceases to amaze me that sovereign states have agreed to investment arbitration at all [...] Three private individuals are entrusted with the power to review, without any restriction or appeal procedure, all actions of the government, all decisions of the courts, and all laws and regulations emanating from parliament*”, J. Fernández-Armesto, arbitrator from Spain.

³⁵³ BOE 28.10.2015.

³⁵⁴ Vid. la obra coordinada por J. Martín y Pérez de Nanclares, *La Ley Orgánica 16/2015 sobre Privilegios e Inmunidades: gestación y contenido*, Madrid, Escuela Diplomática, 2018.

³⁵⁵ J. Díez-Hochleitner Rodríguez, “Protección diplomática v. arbitraje de inversiones”, *El derecho internacional: normas, hechos y valores: Liber amicorum José Antonio Pastor Ridruejo* / coord. por Lucius Caflisch, Romualdo Bermejo García, Javier Díez-Hochleitner Rodríguez, Cesáreo Gutiérrez Espada. Edita: Universidad Complutense, Facultad de Derecho. Madrid. 2005, pp. 469–505.

³⁵⁶ L.I. Sánchez Rodríguez. “Inmunidad de jurisdicción civil de los agentes diplomáticos en España versus tutela judicial efectiva. A propósito de una Sentencia de nuestro Tribunal Constitucional”. *Derecho Privado y Constitución*. nº 9. Mayo–Agosto 1996 pp. 365 y siguientes.

³⁵⁷ M.A. Ruiz Colome. “La inmunidad de ejecución de los estados extranjeros ante los tribunales españoles en la reciente jurisprudencia constitucional, *Derecho Privado y Constitución* nº 2. Enero–Abril 1994, pp 369–389. E. Linares Rodríguez, “La inmunidad estatal como obstáculo a la ejecución de los laudos en materia de inversión”, *Arbitraje*, vol. VIII nº 1 2015. pp. 49–96.

aplicable al caso, siempre necesariamente en evolución— y cómo los países anglosajones habían apostado por una legislación que despejaba dudas en cuanto al alcance, la extensión y contenido de la inmunidad de jurisdicción y de ejecución. También de sus límites, fijando conductas que sí pueden enjuiciarse y que superan la barrera que supone la inmunidad de jurisdicción y sobre todo de ejecución, y aplicando la ejecución mediante su efectiva implantación por un Juez, normalmente basándose en el par de conceptos “actos *iuri imperii*” y “actos *iure gestionis*”.

Se supera así la versión original del art. 21.2º LOPJ de 1985 y su modificación de 22 de julio de 2015, al incluir ahora en el susodicho ordinal a la Ley española el siguiente precepto:

“Art. 21. 1. Los Tribunales civiles españoles conocerán de las pretensiones que se susciten en territorio español con arreglo a lo establecido en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte, en las normas de la Unión Europea y en las leyes españolas.

2. No obstante, no conocerán de las pretensiones formuladas respecto de sujetos o bienes que gocen de inmunidad de jurisdicción y de ejecución de conformidad con la legislación española y las normas de Derecho Internacional Público” (publicada el 28/10/2015, en vigor a partir del 17/11/2015.)

Existen algunos síntomas de una cierta evolución, que examinaremos a continuación. Y es que en el propio asunto *Schooner Exchange*, se consideró que la inmunidad era cuestión de “*Comity & Grace*”, ello se tradujo ya en el siglo XX en un cambio, fruto de la evolución basada en el análisis “caso por caso”. Y consistió en que el Consejero Legal del Departamento de Estado, Mr. Tate, escribiendo al Attorney y General. Philip B. Perlman (May 19, 1952), advierte que a partir de ese momento se seguirá la “teoría restrictiva” de la inmunidad de jurisdicción. Y ello supuso que en el grave asunto sobre las expropiaciones en Cuba tras la Revolución castrista, se adoptó esta posición resueltamente (*Alfred Dunhill of London, Inc. v. Republic of Cuba*, 425 U.S. 682, 711-15 (1976)). Lo que supuso desde luego, un parcheo en las soluciones administrativas y su proyección judicial, ya que había casos resueltos según la teoría tradicional y otros según los restrictivos criterios últimos. Así en el asunto *Compañía Española de Navegación Marítima, S.A. v. The Navemar* 303 U.S. 68 (1938), en que en primera instancia se consideró que un barco del Gobierno sigue siendo posesión de Estado (*act of State doctrine*) aunque cargue mercancías, si bien en Apelación en 1940 la entonces *Appellate Division of the New York Supreme Court*, señaló que sólo sería un buque regido por la inmunidad si a su vez la carga que lleve se transportaba por razones gubernamentales o públicas.

Como vemos, se iba en zigzag. Ello motivó la necesidad de contar con una norma, y en 1976, el Congreso puso fin a tal mosaico de soluciones aprobando la *Foreign Sovereign Immunities Act. In the FSIA*, 28 U.S.C. §§ 1330, que en general adoptó la teoría restrictiva y permitió la ejecución sobre bienes extranjeros mediante memorándum de las Cortes Federales, esto es, atribuye a los jueces federales la ejecución sobre

los bienes de países extranjeros en su caso, tras la correspondiente Sentencia o memorándum³⁵⁸.

2. Hacia un prudente y moderado cambio en la interpretación de las inmunidades del Estado

A) Antecedentes jurisprudenciales y su variabilidad: entre la modificación y la continuidad

Los tiempos están cambiando, siquiera lentamente. Cuando existen tratados multilaterales, o regionales, o sectoriales, que prevén las inmunidades y sus límites, ya se están dando pasos claros hacia una modificación de la doctrina clásica sobre las inmunidades jurisdiccionales. Igualmente cuando existen leyes estatales que así lo prevén, como es a partir de nuestros días, en el caso de España de hace bien poco. Y, también, desde luego, cuando hay tratados bilaterales de protección de inversiones.

En efecto, está claramente admitiéndose desde luego una rotunda excepción a la inmunidad de jurisdicción cuando se firma un Convenio de Promoción y Protección recíproca de inversiones con inclusión de cláusula de resolución de controversias, singularmente cuando hay remisión a una organización. Evidentemente si se firma el sometimiento mediante compromiso en el Tratado, a un posible arbitraje, es exactamente porque se abandona, en ese punto y en ese ámbito, la inmunidad de jurisdicción. En España existió una dispersa jurisprudencia que, con continua invocación a jurisprudencia extranjera y normas de Derecho internacional fueron estableciendo una suerte de jurisprudencia que no terminaba de asentarse.

Tanto es así que incluso se justificaban los fallos sobre la base de tratados que no habían sido ratificados por España. Y aunque separada desde luego de la de ejecución, como veremos luego indica el propio Tribunal Constitucional, si se acuerda comprometerse a una solución no diplomática del conflicto, sino directamente a la decisión de un Tribunal de Justicia, o una Corte de Arbitraje, evidentemente es para llevarla a cabo, no para frustrarla después. Algo se está moviendo pues también en el ámbito de la inmunidad de ejecución (si bien, como veremos después, siguiendo la tradición la nueva Ley española mantiene en el art. 18.3º que “El consentimiento del Estado

³⁵⁸ Precisamente en 1976, la situación sobre la calidad de los estudios sobre la Inmunidad se consideraba muy escasa en Estados Unidos, como demuestra el artículo del catedrático de Derecho Constitucional de Harvard, L.H. Tribe, “Intergovernmental Immunities in Litigation, Taxation, and Regulation: Separation of Powers Issues in Controversies about Federalism”. *Harvard L. Rev.*, vol. 89, nº 4 (Feb., 1976), pp. 682– 713. Published by: The Harvard Law Review Association. DOI: 10.2307/1340218. <https://www.jstor.org/stable/1340218>. Indica el autor: “*The Law of intergovernmental immunities rarely occasions serious scholarly attention in an era intrigued by grander struggles. Once a favourite topic of constitutional scholars, the law in this area is now largely unattended. It has suffered the fate of a toy outgrown and thus overlooked— however often the judges may be forced to play with it*”.

extranjero para el ejercicio de la jurisdicción, al que se refieren los arts. 5 y 6 no implicará, en ningún caso, consentimiento para la adopción de medidas de ejecución.”).

Da fe de ello, los antecedentes que cita la conocida Sentencia del Tribunal Constitucional 107/1992 – a la que nos referimos después con algún detenimiento – en la intervención del Ministerio Fiscal en la misma.

Dice el promotor de la acción pública en su alegato ante el Tribunal Constitucional:

“Continúa el Ministerio Fiscal exponiendo la evolución de los criterios sobre inmunidad de jurisdicción y de ejecución en el ámbito internacional, señalando el tránsito experimentado desde una concepción absoluta hasta otra interpretada a partir de criterios más racionales. Señala, en particular, la distinción entre “actos de soberanía” y “actos de gestión” –apuntada ya en la Sentencia de la Cour de Cassation francesa en el caso Cassaux (1849) y acogida por la jurisprudencia italiana a partir de 1882– amparando la inmunidad actualmente sólo a los primeros, como lo demuestra la práctica judicial austríaca (Caso Dralle, 1950), británica (en un asunto en el que se vio afectado el Servicio Nacional del Trigo Español, 1956), norteamericana (que desde 1976 incluye entre los “actos de gestión” la contratación o empleo de trabajadores) y francesa (Caso Société de Gostog et URSS). Estos ejemplos del Derecho comparado vienen además confirmados por la legislación internacional; así sucede con el art. 5 de la Convención Europea sobre Inmunidad de Estados (Basilea, 1972), que excluye de los supuestos de inmunidad de jurisdicción los procesos relativos a contratos de trabajo concluidos entre un Estado y una persona física cuando el trabajo se realiza en el Estado del foro. El propio Convenio de Basilea está propiciando una relativización de las inmunidades de ejecución, dado que su art. 26 permite la ejecución contra los bienes de un Estado cuando éste lleve a cabo una actividad privada y se trate de ciertas clases de procesos, entre los que figuran los relativos a contratos laborales”.

Y por su parte, la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, aportaba que:

“La experiencia internacional española en la materia es variable, pudiendo citarse la Sentencia del Tribunal Superior de Frankfurt de 30 de Junio de 1979, que no reconoció la inmunidad del Estado español por impago de gastos derivados de una campaña publicitaria en la televisión alemana, para la promoción del turismo, encargada por nuestra Embajada, por entender que era un acto *more privatorum*, mientras por el contrario la Cámara de los Lores reconoció en 1957 la inmunidad del Servicio Nacional del Trigo, por su carácter público, pese al carácter mercantil de la operación litigiosa”.

Adviértase el carácter errático de la jurisprudencia comparada, y recordemos que Alemania no tenía ley de Inmunidades.

En el Informe del Consejo General del Poder Judicial al “Anteproyecto de Ley Orgánica sobre Inmunidades de los Estados extranjeros y Organizaciones Internacionales con Sede u Oficina en España y sobre Régimen de Privilegios e Inmunidades aplicables a Conferencias y Reuniones Internacionales celebradas en España” (el título final de la Ley se rotula de forma diferente, precisamente consecuencia de observaciones de este Informe y del que realizó el Consejo de Estado), se contienen otras referencias jurisprudenciales.

Este informe, adoptado por el Pleno del Consejo en su reunión de 28 de mayo de 2015, realizado por la Vocal Excm. Sra. Doña Nuria Díaz Abad ³⁵⁹ cita otros supuestos. Ahora bien, se trata, y es interesante, de supuestos de inmunidad restringida, bien que referidos en lo que se relata, a la fase de jurisdicción. Indica así (Fundamento 26):

“26.— Las primeras decisiones judiciales sobre la inmunidad estatal se remontan a la Sentencia dictada por la entonces Audiencia Territorial de Sevilla con fecha 9 de marzo de 1960 (en el asunto denominado “apartadero de Tablilla”), que rechazó la inmunidad de jurisdicción en un litigio relativo a un incumplimiento de contrato por las fuerzas aéreas estadounidenses destacadas en España por tratarse de obligaciones de orden civil y mercantil contraídas por una persona jurídica susceptible de derechos y obligaciones. Dicha resolución prescindió, como se ve, del elemento de soberanía, y avanzó hacia la inmunidad restringida como la Sentencia del Juzgado Municipal nº 24 de Madrid de fecha 4 de abril de 1963, en el asunto conocido como “El Encinar de los Reyes, S.A.”, en la cual se denegó la inmunidad de jurisdicción invocada por el gobierno de los Estados Unidos en un litigio relativo a un contrato de arrendamiento afirmando que ‘cada Estado puede actuar –igual en el orden interno que en el internacional– en uso de *iure imperii*, en ostensible manifestación de su soberanía, como ejercitando el *iure gestionis*, del propio modo que cualquier entidad privada, y sujeto a idénticos resultados de esta’: se adopta, por tanto, la doctrina de la inmunidad restringida apoyándose en la naturaleza del asunto objeto del litigio.”

Por su interés, continuamos con las referencias jurisprudenciales de este Informe:

En la jurisprudencia propiamente dicha la recepción de la inmunidad restringida se produjo a partir de las SSTS (6ª) de 10 de febrero y de 1 de diciembre de 1986. Esta última, después de distinguir con acierto entre las inmunidades diplomáticas y la inmunidad del Estado, alude a la distinción entre los *acta iure imperii* y los *acta iure gestionis* y acude al Convenio europeo de Basilea de 1972 para contemplar los casos en los que los Estados firmantes se comprometen a no alegar la inmunidad de jurisdicción, entre los que se incluía el considerado en el caso de autos –un contrato de trabajo concluido entre el Estado y una persona física cuando el trabajo debía realizarse en el territorio del Estado del foro–, así como a los trabajos llevados a cabo por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, para concluir que los actos de gestión constituyen una excepción a la regla general de la inmunidad de jurisdicción del Estado. La Sentencia de 10 de febrero de 1986, por su parte, si bien se alineó con la tesis restringida de la inmunidad de jurisdicción, presenta la singularidad de que admitió la posibilidad de proceder a la ejecución de un fallo dictado contra un Estado extranjero, con lo que aplicó la tesis de la inmunidad restringida también a la fase de ejecución.

Esta orientación fue seguida en Sentencias posteriores, como la de 22 de febrero de 1994, que, no obstante, entendió que las cuentas corrientes abiertas en instituciones financieras ajenas a las misiones diplomáticas no eran bienes situados en las mismas, por lo que concluyó que no gozaban de la inmunidad de ejecución reconocida a los locales y bienes de las oficinas diplomáticas. *Criterio este que, sin embargo, fue abandonado* en resoluciones posteriores, como la STS de 13 de junio de 2005, que, en la línea de la STC 107/92, de 1 de julio, reconoció

³⁵⁹ La autora de este Informe, que fue aprobado por unanimidad, fue Abogada del Estado –Jefe ante la Unión Europea durante quince años, sustituyendo a la actual Magistrada del Tribunal de Justicia, Dña. Rosario Silva Lapuerta. Fue Vocal del Consejo General del Poder Judicial y resultó designada por unanimidad del Consejo para presidir la Red Europea de Consejos del Poder Judicial durante dos años, mandato habitual de este cargo. La red, agrupa a 22 Consejos, y participan como observadores el Tribunal de Justicia de la UE, y 14 Instituciones de Estados Miembros o en proceso de adhesión.

la inmunidad absoluta de las cuentas corrientes de las embajadas y consulados, *aun tratándose de cuentas mixtas*.

Más recientemente, la concepción restrictiva de la inmunidad se aprecia en la STS (1ª), de 22 de junio de 2009, que, citando el ATC 112/2002, de 1 de julio, confirmó la viabilidad de un embargo decretado por un juzgado respecto de las devoluciones del IVA a los Estados Unidos para hacer frente al pago de indemnizaciones por despido improcedente de dos empleados del consulado de ese país.

Obsérvese de nuevo lo errática y dispar de la jurisprudencia, y cómo diferentes juzgados, atendiendo a los criterios de remisión internacional que hacía la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley de Enjuiciamiento Civil, acababan resolviendo de forma muy distinta unos de otros.

Parece deducirse, no obstante, que la tesis restrictiva se va imponiendo con claridad en lo que hace a la inmunidad de jurisdicción. Y respecto de la de ejecución, hay zigzags, vueltas atrás y adelante, en fin, cierta actitud errabunda que no se acaba de concretar y que da una impresión errante de la dirección a la que se encamina la jurisprudencia y en general las soluciones judiciales.

Sobre la inmunidad de jurisdicción, esta imposición de la tesis restrictiva ha llegado incluso al TJUE. Así, la Sentencia del TJUE (Gran Sala) de 19 de julio de 2012, asunto *Ahmed Mahamdia contra República Argelina Democrática y Popular* [TJCE\2012\207] determinó que una embajada podía considerarse “establecimiento” a los efectos de otorgar competencia judicial a Alemania, *ex art.* 18 del Reglamento Bruselas I, tras el despido de una empleada por parte de la embajada de Argelia en Alemania:

“(56) En consecuencia, teniendo en cuenta el contenido de dicho principio de Derecho internacional consuetudinario sobre la inmunidad jurisdiccional de los Estados, ha de considerarse que éste no se opone a la aplicación del Reglamento nº 44/2001 en un litigio como el principal, en el que un trabajador solicita el pago de indemnizaciones e impugna la resolución del contrato de trabajo que celebró con un Estado, cuando el tribunal que conoce del asunto compruebe que las funciones ejercidas por ese trabajador no forman parte del ejercicio del poder público o cuando la acción judicial no pueda interferir en los intereses del Estado en materia de seguridad. Sobre la base de esa apreciación, el tribunal que conoce de un litigio como el principal puede considerar también que ese litigio está comprendido en el ámbito de aplicación material del Reglamento nº 44/2001.

(57) De cuanto antecede resulta que procede responder a la primera cuestión que el art. 18, apartado 2, del Reglamento nº 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que la embajada de un Estado tercero situada en el territorio de un Estado miembro constituye un «establecimiento» a efectos de dicha disposición, en un litigio relativo a un contrato de trabajo celebrado por ésta en nombre del Estado acreditante, cuando las funciones desempeñadas por el trabajador no forman parte del ejercicio del poder público. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional que conoce del asunto determinar la naturaleza exacta de las funciones ejercidas por el trabajador.”

Otro tanto sucede con el Tribunal Constitucional.

Como recuerda la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España (LOI).

“Desde la perspectiva constitucional, el art. 24 de la Carta Magna garantiza el derecho de todas las personas ‘a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión’. Por su parte, el art. 117.3 establece que «el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan”.

No existe, empero, previsión alguna en relación a las inmunidades del Estado extranjero. Pero se apresura a recordar que:

“Por otro lado, la Constitución recoge igualmente una clara exigencia de cumplimiento de las obligaciones jurídicas derivadas del Derecho Internacional (arts. 93 a 96). Entre ellas, lógicamente, se incluyen las obligaciones contenidas en tratados internacionales celebrados por España en materia de inmunidades, así como otro tipo de obligaciones que puedan derivar del Derecho Internacional consuetudinario o de Sentencias obligatorias de tribunales internacionales”.

A ello respondió la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial que en su art. 21, sabido es que tras establecer la atribución de jurisdicción a los Tribunales españoles para solventar litigios con extranjeros o entre extranjeros, de conformidad con la propia Ley y los convenios y tratados internacionales, indicaba que «se exceptúan los supuestos de inmunidad de jurisdicción y de ejecución establecidos por las normas del Derecho Internacional Público», lo que reiteraba la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil en su art. 36. Pero tales remisiones, implicaban necesariamente, debates ocasionales, para cada caso. El Tribunal Constitucional, abordó la cuestión.

Como vuelve a recordar la citada Exposición de Motivos:

“Por su parte, el Tribunal Constitucional ha considerado plenamente conforme con la Constitución el «límite negativo que se deriva de la inmunidad jurisdiccional atribuida a los Estados extranjeros». De este modo, «el legislador necesariamente ha de tener presentes los límites, positivos y negativos, que el Derecho Internacional impone a los Estados» y ello «viene a corroborar la justificación objetiva y razonable de la inmunidad de la jurisdicción (...)», porque «caso de que se extendiera más allá del ámbito delimitado por el Derecho Internacional y tratara de hacer efectiva en todo caso la tutela jurisdiccional en el orden interno, el Estado podría incurrir, al hacerlo así, en un hecho ilícito por la violación de una obligación internacional, lo que entrañaría su responsabilidad internacional frente a otro Estado» (STC 140/1995, de 28 de septiembre, Fundamento Jurídico 9). Por lo que se refiere a la inmunidad de ejecución, el Tribunal Constitucional también ha considerado que el régimen de esta inmunidad «se contiene en normas de Derecho Internacional público que se obtienen por inducción de datos de origen muy diverso, entre los que se encuentran las convenciones internacionales y la práctica de los Estados» (STC 18/1997, de 10 de febrero, FJ 6).”

El caso estrella lo constituye la Sentencia 107/1992, de 1 de julio, desde luego, controvertida.

Volvamos al caso. Se trata de un recurso de amparo que resuelve la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, siendo Ponente Magistrado don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer. Cuenta con un Voto Particular de don Eugenio Díaz Eimil. La

Sentencia se inicia muy bien y apunta en la buena dirección desde el principio, pero tras declaraciones excelentes *obiter dicta* a la hora de la decisión no acaba de concretar.

El asunto es de la jurisdicción social. Un despido de una secretaria bilingüe de nacionalidad norteamericana que prestaba sus servicios en la Embajada de la República Sudafricana. Se interpone recurso de amparo contra la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 8 de febrero de 1990, resolutoria del recurso de suplicación [nº 18.773/90 (3.109/89)] promovido por la República de Sudáfrica contra el Auto del Juzgado de lo Social nº 11 de Madrid, de fecha 21 de marzo de 1988, dictado en ejecución de la Sentencia de ese Juzgado de 1 de junio de 1987, resultante del procedimiento sobre despido nº 1245/85.

Inicialmente la entonces Magistratura de Trabajo resolvió declarando la inmunidad de jurisdicción de la demandada, estimando la excepción de incompetencia de jurisdicción alegada por la contraparte y absolviéndola en la instancia. Con un cuidado exquisito, como recoge el Tribunal Constitucional en los Antecedentes, indica:

“b) Promovido recurso de casación (nº 308/86) contra dicha Sentencia por la demandante de amparo, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo dictó Sentencia estimatoria de 1 de diciembre de 1986 en la que se declaró la competencia de la jurisdicción española para conocer de la pretensión deducida por la actora y se acordó la devolución de los autos a la Magistratura de procedencia para que el Magistrado se pronunciara sobre el fondo del asunto con libertad de criterio, previniéndole de que en el caso de que la Sentencia dictada fuera condenatoria, cumpliera, *antes de ejecutarla*, con lo establecido en el art. 7 del Real Decreto 1.654/1980, de 11 de junio³⁶⁰. Específicamente disponía la Sentencia de 1 de diciembre de 1986 que, de pronunciarse Sentencia condenatoria por la Magistratura de origen, “ante la posibilidad de la existencia de una inmunidad en la ejecución”, procedía que el Magistrado de instancia, antes de ordenar cualquier medida concreta de ejecución forzosa, recabara, exponiendo las modalidades de ejecución que la parte sugiriera, informe de la Asesoría Jurídica del Ministerio de Asuntos Exteriores a la que se refiere el art. 7 del Real Decreto 1.654/1980, para que en la referida ejecución se observaran los acuerdos bilaterales y usos o prácticas internacionales vigentes sobre el particular; y a los efectos de la posible existencia de reciprocidad, se dirigiera al Gobierno, a través del Ministerio de Justicia, por conducto del Consejo General del Poder Judicial, conforme establece el art. 278.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.”

B) Búsqueda de un marco jurídico neutral, anacional y efectivo

En los negocios internacionales resulta esencial la búsqueda de un marco jurídico *neutral*³⁶¹, *anacional* y *efectivo* como supone acudir a una Corte arbitral que equilibre

³⁶⁰ La fecha es 11 de julio. BOE 16.8.1980.

³⁶¹ *Gas Natural c. República de Argentina* caso CIADI nº ARB/03/10. El Tribunal Arbitral resaltó la neutralidad del marco arbitral CIADI, al señalar que: “La creación del CIADI y la adopción de tratados bilaterales de inversiones ofreció a los inversores garantías de que las controversias que pudieran derivarse de sus inversiones no estarían expuestas a lo que se consideraba como peligro de demoras y presiones políticas a que pudiera dar lugar su resolución en tribunales nacionales. En forma convergente, la posibilidad de recurrir a un arbitraje internacional se estableció para preservar al Estado receptor de la inversión de presiones políticas ejercidas por el Gobierno del Estado de la nacionalidad del inversor”. Esta afirmación se encuentra relacionada con lo dispuesto en el art. 27 del Convenio CIADI, que reza lo siguiente: (1) “Ningún Estado Contratante concederá protección diplomática ni promoverá reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado

la desigualdad preexistente entre un Estado y el inversionista extranjero como pudiera ser el CIADI, la Cámara de Comercio Internacional de París (CCI) o la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya (CPA) o sedes reconocidas como Estocolmo, apliquen las reglas UNCITRAL u otras igualmente consideradas y reconocidas³⁶². De tal forma que, como se indicaba en el asunto *Gas Natural c. República de Argentina*, ni el inversionista tenga someterse a las decisiones locales, ni el Estado receptor de la inversión pueda verse perjudicado por presiones políticas o por la protección diplomática que dispense el Estado a su nacional prohiendo el conflicto.

Numerosas legislaciones estatales mantienen algunas restricciones a la suscripción de convenios arbitrales por parte de las Administraciones Públicas. Incluso, por ejemplo, la República Bolivariana de Venezuela refleja en su Constitución³⁶³ que el contratante se someta a los tribunales locales por razones de interés público. La Constitución Española (CE) no impide el arbitraje en el sector público aunque establece algunas particularidades (9.3, 103.1, 106.1 y 117.3 CE) que se trasladan en la propia normativa sectorial (*ad. ex.* con la antigua legislación de contratación del sector público las administraciones públicas del art. 3 no podían someterse a arbitraje).

Volvamos de nuevo a esta importante Sentencia, a la que la única objeción, adelantamos ya, es la que hemos realizado sobre petición extraordinaria de informes a la Asesoría Jurídica Internacional.

Recordemos que recayó sobre una Litis previa, decidida por la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 1986 [RJ 1986\7231], Ponente Excmo. Sr. D. José Lorca García. En su Fundamento Jurídico Segundo trasluce el abuso de la inmunidad de jurisdicción:

“El respeto a la recíproca independencia es una exigencia en la vida de relación de los Estados soberanos; y la razón de ser de la inmunidad jurisdiccional. Privilegio jurisdiccional que cede a favor de la jurisdicción del Estado receptor cuando se trata de simples actos de gestión, en los que el Estado actúa como un particular o de acuerdo con las normas del Derecho privado. Por esto, uno de los problemas que la realidad plantea es el de diferenciar los «*acta iure imperii*» de los «*acta iure gestionis*»; por lo que para obviarla se llega a establecer por la Convención Europea sobre la inmunidad de los

Contratante hayan consentido en someter o hayan sometido a arbitraje conforme a este Convenio, salvo que este último Estado Contratante no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo. (2) A los efectos de este Artículo, no se considerará como protección diplomática las gestiones diplomáticas informales que tengan como único fin facilitar la resolución de la diferencia”.

³⁶² Si bien La Haya comenzó siendo una Corte para la resolución de conflictos interestatales, a partir de 1935 comenzó a resolver disputas entre particulares y Estados con el asunto *Radio Corporation of America c. China*, cuyo laudo se dictó el 13 de abril de 1935, consultable en: <http://www.haguejusticeportal.net/index.php?id=6145>. En todos estos casos es el *soft power*, ese intangible, suma de prestigio, solvencia, seriedad y honradez, el que determina la sede (de ahí el daño reputacional que hace a una institución el que se den escándalos de corrupción, tan lesivos para el resto de una sociedad afectada por esta malignidad y que corroe al resto de sus instituciones).

³⁶³ Art. 151 CE Bolivariana de Venezuela de 24 de marzo de 2000: “En los contratos de interés público, si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporada, aun cuando no estuviere expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes, serán decididas por los tribunales competentes de la República, de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras”.

Estados, firmada con su Protocolo Adicional en Basilea el año 1972, la relación de casos en los que los Estados firmantes se comprometen a no alegar la inmunidad de jurisdicción, y dispone en el art. 5, que un Estado no puede invocar la inmunidad de jurisdicción ante los Tribunales de otro Estado, si el proceso se refiere a un contrato de trabajo concluido entre el Estado y una persona física, cuando el trabajo deba realizarse en el territorio del Estado del foro. Criterio que es mantenido en los trabajos llevados a cabo en las Naciones Unidas, al sostenerse que los actos de gestión son excepcionales a la regla general de la inmunidad de un Estado por sus actividades en el territorio de otro.”...

C) Apunte sobre las normas del Servicio Jurídico Exterior del Estado y su relación con las inmunidades de jurisdicción y ejecución

Hagamos, pues, un breve *excursus* sobre las normas que en aquel momento regían sobre la conducta de la representación del Estado en órganos internacionales, como una extensión necesaria ya que parte de los privilegios procesales sobre ejecución de Sentencias tradicionalmente se encontraba en tales normas orgánicas de representación y defensa. Ciertamente, como indicamos, no hay que confundir la Abogacía del Estado destinados en el Ministerio de Asuntos Exteriores (y hoy de Cooperación) con la Asesoría Jurídica Internacional. Pero en el momento de dictarse esta Sentencia, el art. 7º del Reglamento del Servicio Exterior del Estado (entonces aprobado por Real Decreto de 11 de julio de 1980) disponía, en el mismo precepto, que correspondía a los Abogados del Estado cuidar de la inmunidad de jurisdicción. Y se añadía que en caso de que fuera controvertida dicha inmunidad se recabaría informe de la Asesoría Jurídica Internacional.

Por nuestra parte, entendemos que este requisito exigido en la Sentencia es excesivo, ya que dicho artículo séptimo no se refiere a los Jueces y Tribunales, sino a los propios Abogados del Estado y además en defensa del Estado español. Y la independencia del Juez parece garantizada con sus conocimientos y desde luego con todo lo que en su caso el proceso le aporte. No obstante, examinamos esas normas orgánicas por cuanto se refieren a la inmunidad de jurisdicción. Luego volveremos a la Sentencia.

Incidentalmente hay que indicar que resulta interesante este Real Decreto sobre Servicio de lo Contencioso del Estado en el extranjero (expresamente en su articulado, además del Estado incluye los entonces denominados “Organismos Autónomos”, esto es, personificaciones estatales internas que suponen una descentralización funcional del aparato público).

Tras recordar en su Exposición de Motivos las normas de 1925 y de 1943 (debe referirse, entendemos, al Estatuto de la Dirección General de lo Contencioso del Estado y del Cuerpo de Abogados del Estado, aprobado por Real Decreto Ley de 21 de enero de 1925 y en el Reglamento Orgánico que lo desarrolla, aprobado por Real Decreto de 27 de julio de 1943) que se referían a un Estado que, como todos entonces, apenas se relacionaba jurídicamente con otros, añade:

“A mayor abundamiento, primaba todavía la doctrina de la inmunidad del Estado frente a jurisdicciones extranjeras, tanto en lo que se refiere al enjuiciamiento como a la ejecución de las Sentencias. En la regulación que en el Decreto de trece de febrero de mil novecientos treinta y seis se hace

de la Abogacía del Estado en el Ministerio de Asuntos Exteriores, como reflejo de la situación que acaba de mencionarse, poco se dice acerca de las funciones de los Abogados del Estado en los pleitos en el extranjero.

La situación actual es muy otra. De un lado la actividad privada de los entes públicos alcanza magnitudes tan altas que, constantemente, rebasa el marco de las propias fronteras; el Estado y sus Organismos acuden desvestidos de “imperium” a contratar bienes y servicios de toda clase; la Administración del Estado en el exterior amplía cada vez más sus funciones...

Por otro lado, la doctrina de la inmunidad absoluta de jurisdicción puede considerarse ya en su etapa final (obsérvese que hablamos de 1980, en los albores de la Democracia, cuando se estaba creando casi simultáneamente— exactamente un mes antes — la Abogacía del Estado ante el Tribunal Constitucional). Hoy día la mayor parte, si no la totalidad, de los Estados aceptan la teoría restringida de la inmunidad de jurisdicción, lo que ha provocado un aumento en el número de litigios en los que el Estado o sus Organismos Autónomos son parte ante una jurisdicción extranjera

Por su peculiar naturaleza se dejan fuera de la presente regulación los litigios internacionales entre Estados cuando éstos actúan en ellos como sujetos de Derecho Internacional Público y que se suscitan ante Tribunales Internacionales”.

Interesa destacar que en el art. 1º del Real Decreto incluye todos los asuntos en el extranjero, civil, mercantil, laboral, criminal, administrativo, financiero que pueda conocer cualquier jurisdicción extranjera en que sea parte la Administración Central del Estado o sus Organismos Autónomos.

Por otra parte, en el art. 7, se indica que “cuando proceda” la Abogacía del Estado invocará la inmunidad de jurisdicción, y cuantas excepciones concurren en el litigio planteado. A nuestro juicio, lo que no cabe es una alegación temeraria, que solo lleva a “desdoro”, en expresión propia de este mismo reglamento. Y aquí es donde se indica que existiendo una demanda contra el Estado español en el extranjero (no menciona aquí sin embargo a los Organismos Autónomos) no podrá hacerse renuncia de la inmunidad de jurisdicción sin autorización del Ministro de Asuntos Exteriores previo informe de la Asesoría Jurídica Internacional.

También se refiere este reglamento en su art. 8 a la prueba, indicando que los Abogados del Estado velarán por las tradicionales inmunidades en materia probatoria oponiéndose a toda medida coercitiva o sancionatoria encaminada al suministro de elementos probatorios en el proceso.

Tampoco cabe allanamiento ni desistimiento del Estado y, aquí sí, de sus Organismos Autónomos sin autorización por Orden (esto es, Orden Ministerial) previo informe favorable de la Dirección de lo Contencioso del Estado. Y si el allanamiento implicara renuncia a la inmunidad de jurisdicción “se oirá también” a la Asesoría Jurídica Internacional. (Nótese que esta Asesoría será meramente “oída”, no exigiéndose *informe favorable* como sucedía con la Dirección de lo Contencioso, formada ésta por Abogados del Estado, mientras que la Asesoría Jurídica Internacional del MAEC es el órgano asesor de la Administración General del Estado en materia de Derecho Internacional. Fue creada en 1938 como órgano adscrito a la Subsecretaría del Ministerio de Asuntos Exteriores y está integrada por diplomáticos y profesores que desarrollan su labor asesora sobre todos los sectores y núcleos de problemas del Derecho Internacional, destacando los relacionados con el Derecho de los tratados, el Derecho

del mar, el arreglo jurisdiccional de controversias, el Derecho internacional privado y el Derecho diplomático y consular.)

El art. 15 se refiere a los “Arbitrajes de Derecho Privado” indicando que en las cuestiones procedimentales y de competencia se aplicarán por analogía al resto del Real Decreto. Los compromisos del Estado y sus Organismos Autónomos sólo podrán suscribirse previa consulta a la Abogacía del Estado en el Ministerio de Asuntos Exteriores por el Embajador de España en el país donde se suscite la cuestión litigiosa o cuyos órganos judiciales sean competentes en defecto de compromiso; pero también pueden ser suscritos por el funcionario en quien delegue el Embajador o por el Abogado del Estado—Jefe del Ministerio de Asuntos Exteriores. Nótese la notable fuerza del representante del Estado.

La designación de árbitro o árbitros se hará por el Embajador de España previa consulta con la Abogacía del Estado en el Ministerio de Asuntos Exteriores.

Y en el orden de la ejecución de Sentencias, la Abogacía del Estado ordenará la interposición de los recursos pertinentes contra resoluciones judiciales que perjudiquen al Estado o sus Organismos Autónomos. Si estimara que no son pertinentes lo comunicará a la Dirección General de lo Contencioso quien bien podrá otorgar directamente el permiso si ya lo hubiera hecho mediante instrucciones generales previas o bien mediante Orden Ministerial con informe previo de dicha Dirección.

Este Real Decreto indicaba que en caso de Sentencia firme la Abogacía del Estado elaborará un informe sobre valoración de las posibilidades de ejecución de dicha Sentencia, de conformidad con el derecho Convencional y la legislación interna. También valorarán las posibilidades de que esa Sentencia se ejecute en el extranjero. Y deberán expresarse en concreto las modalidades de ejecución.

Mientras la “Autoridad competente” no lo ordene, los Abogados del Estado velarán al máximo por que se tenga el máximo respeto a la inmunidad de ejecución del Estado español en el extranjero (lo que contradice, ciertamente, lo indicado en su Exposición de Motivos sobre lo obsoleto de la inmunidad, pero tratándose de ejecución, en realidad lo que hacía este Real Decreto, era concorde y conforme a la postura del cuando se pretende reconocer un Laudo en su contra).

Y es importante recordar que si la Abogacía del Estado entiende en su informe que la Sentencia extranjera es manifiestamente contraria a los derechos que en el orden internacional se concede a la inmunidad de ejecución de Sentencias, o se pretendiera ejecutar en contra de la inmunidad tal como es generalmente admitida, se comunicará al Ministerio de Asuntos Exteriores para exigir por vía diplomática el respeto a tales derechos, previo informe en su caso de la Asesoría Jurídica Internacional.

La ejecución se hará con cargo a los presupuestos del Ministerio u Organismo a quien afecte principalmente.

Y respecto de los laudos arbitrales, quedan sometido a un régimen análogo.

Finalmente, y tras plantearse los problemas de sucesión testada o intestada con las habituales normas de defensa, la Disposición Final Segunda, con criterio plausible y práctico, exime de este complejo régimen a los Organismos Autónomos de carácter

comercial, industrial o financiero que se dediquen habitualmente a contratar, invertir o comerciar con el extranjero, debiendo solicitar sustraerse de este régimen al Ministerio de Asuntos Exteriores, indicando sus elementos de defensa (en definitiva, qué Asesoría Jurídica tienen) y se concederá este régimen mediante Orden Ministerial *comunicada* (esto es, que no hay que publicarla en el BOE sino notificarla fehacientemente al Organismo interesado) Organismo y a la Dirección General de lo Contencioso.

En suma: las exigencias impuestas en aquellos momentos en el orden de la inmunidad de jurisdicción y de ejecución, estaban en la línea tradicional ya que pese al preámbulo del reglamento, indudablemente seguía pesando, especialmente en lo que hace a la inmunidad de ejecución, la fuerte carga histórica que obligaba, en definitiva, a intentar evitar a toda costa, tal ejecución.

Sin perjuicio de volver a la Sentencia, como eje principal de este epígrafe, hay que indicar que el actual Reglamento aprobado por Real Decreto 997/2003 de 25 de julio, tiene una menor carga burocrática, un lenguaje más adecuado a la sencillez y claridad exigible en nuestros días y las referencias a las inmunidades se hacen ya de una manera más general, evitando la continuidad con la anterior dirección de imponer las trabas y de actuar con denuedo en defensa de lo que quizás no lo merezca.

En el ámbito subjetivo, se amplía extraordinariamente la representación y defensa ante organismos internacionales, ya que incluye prácticamente a toda entidad pública o participada, siempre de acuerdo con sus normas orgánicas. No se limita como antes a los Organismos Autónomos. Y en la estructura orgánica se hace constar este esquema al crearse la correspondiente Subdirección General. Al igual que antes, en caso en que así convenga, puede contratarse en este ámbito internacional a expertos que serán a estos efectos “Abogados del Estado *ad hoc*” cuando se trate de tribunales, órganos, organismos internacionales o supranacionales en que España sea parte y en cualquier procedimiento judicial, arbitral o extrajudicial (Art. 31. 3 del Reglamento).

Cuando se trate de nombrar un representante para la defensa del Estado y demás entidades, corresponde al Embajador de España en el país, de conformidad con las normas de contratación administrativa. Incluso tendrá lugar cuando las entidades no hayan hecho propuesta alguna. 31.5 del Reglamento (se supone que será beneficioso para sus intereses)

Las formas de notificación son semejantes a las del anterior reglamento. Y en cuanto al ejercicio de acciones en nombre del Reino de España, lógicamente continúa exigiéndose la Orden del Ministerio de Asuntos Exteriores. (Art. 36. 3 del Reglamento).

Así y en especial en el orden de la ejecución de Sentencias y Laudos, se simplifica. El art. 43.4 del Reglamento, se limita a indicar que el Servicio Jurídico del Estado promoverá cuantas iniciativas redunden en defensa y protección de los intereses públicos. Y bien pudiera suceder que, resueltamente, en caso de ejecución, se avance en la jurisprudencia internacional o supranacional y lo que recomiende el interés público sea, exactamente, no recurrir ni obstaculizar ese laudo o Sentencia.

Ausencia de regulación particular que obliga a encauzarlo por el art. 24 CE:

“Materia que al carecer de una regulación específica en la legislación española... (en aquellos momentos, justamente la Ley que estudiamos viene a remediar esta situación en derecho positivo)...” Por ello, debemos de acudir para resolver el problema a los siguientes preceptos: a) Art. 24-1 CE, que representa un cambio favorable, al romper con la presunción anteriormente imperante de «in dubio pro immunitate»“...” Precepto (art. 24 Constitución) al que la doctrina del Tribunal Constitucional y la de esta Sala han dado un alcance amplísimo, que dificulta, si no impide, que algún órgano jurisdiccional pueda acceder a la solicitud de inmunidad de jurisdicción invocada por un Estado extranjero en base a textos legales del ordenamiento positivo vigente –ver Sentencias de la Sala de 10 de febrero y 4 de junio del presente año”.

3. Compatibilidad del régimen de inmunidad de ejecución de los Estados extranjeros con el derecho a la tutela judicial efectiva

Notemos cómo lograr una Ley, como la que estudiamos, ayuda notablemente a la seguridad jurídica y a la certidumbre, ya que impide saltos en el vacío, que no se salvan simplemente con la técnica tradicional de la doble remisión al Derecho internacional por parte de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Ahora bien, volvamos al Tribunal Constitucional en este tejer y destejer, de Sentencias, que parecen el telar de Penélope. Como indicábamos, aparentemente las tesis de la Sentencia son correctas....

Así, continúa en su Fundamento Jurídico Segundo:

“Decidido que los Tribunales españoles disfrutaban de competencia de jurisdicción en el caso debatido (cuestión ya solventada en la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 1986), la ejecución de la resolución judicial derivada del ejercicio de esa competencia constituye un derecho de la recurrente que sólo puede excepcionarse de mediar alguna causa legal que lo justifique. Este Tribunal ha afirmado, y ahora lo debemos reiterar, que la ejecución de las Sentencias forma parte del derecho a la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales, ya que en caso contrario las decisiones judiciales y los derechos que en las mismas se reconocen o declaran no serían otra cosa que meras declaraciones de intenciones sin alcance práctico ni efectividad alguna (SSTC 167/1987 y 92/1988). La ejecución de Sentencias es, por tanto, parte esencial del derecho a la tutela judicial efectiva y es, además, cuestión de esencial importancia para dar efectividad a la cláusula de Estado social y democrático de Derecho, que implica, entre otras manifestaciones, la vinculación de todos los sujetos al ordenamiento jurídico y a las decisiones que adoptan los órganos jurisdiccionales, no sólo juzgando, sino también haciendo ejecutar lo juzgado, según se desprende del art. 117.3 CE (SSTC 67/1984 y 92/1988).”

“Sobre la base de la doctrina expuesta, cabe afirmar que la decisión del presente recurso de amparo debe realizarse a partir de la motivación de dos postulados básicos. El primero es que el régimen de inmunidad de ejecución de los Estados extranjeros no es contrario, cualquiera que éste sea, al derecho a la tutela judicial efectiva consagrado por el art. 24.1 C.E. El segundo es que, aun no dándose esa incompatibilidad entre inmunidad absoluta o relativa de ejecución de los Estados extranjeros ante nuestros Tribunales con el art. 24.1 C.E., una indebida extensión o ampliación por parte de los Tribunales ordinarios del ámbito que es dable atribuir a la inmunidad de ejecución de los Estados extranjeros en el actual ordenamiento internacional acarrea una violación del derecho a la tutela judicial efectiva del ejecutante, porque supone restringir sin motivo las posibilidades del justiciable de conseguir la efectividad del fallo, sin que ninguna norma imponga una excepción a dicha efectividad”.

...pero luego da un giro ilógico:

“La compatibilidad del régimen de inmunidad de ejecución de los Estados extranjeros con el derecho a la tutela judicial efectiva en su faceta de derecho a la ejecución deriva de que debe reputarse legítimo desde el punto de vista constitucional que el legislador, con un fundamento objetivo y razonable, impida que la potestad de ejecución forzosa pueda dirigirse sobre determinados bienes.” “Así, en lo que ahora interesa, por lo que respecta a los Estados extranjeros, la soberanía y el principio de igualdad de los Estados es fundamento suficiente para que se pueda legítimamente excluir la potestad ejecutiva respecto de los bienes que dichos Estados tengan en nuestro territorio.”

“Si hubiese que concluir, además, que dicha inmunidad es de carácter absoluto y que los órganos jurisdiccionales no pueden realizar ningún tipo de actividad ejecutiva –ni de ejecución forzosa en sentido estricto ni de carácter compulsivo– frente a un Estado extranjero, no por ello habría que concluir que se produce una vulneración del derecho a la ejecución. Además, dicho derecho a la ejecución, entendido lato sensu como derecho a la efectividad de la resolución judicial dictada, podría verse satisfecho a través de expedientes distintos de la ejecución forzosa sobre los bienes del Estado extranjero. Así, por ejemplo, cabría pensar en el recurso a la vía de la protección diplomática, en los casos en que la misma sea procedente con arreglo al Derecho internacional público, o, en último término, en una asunción por parte del Estado del foro del deber de satisfacer la obligación judicialmente declarada, cuando la inejecución de la misma pudiera suponer un sacrificio especial para el justiciable contrario al principio de igualdad ante las cargas públicas”.

Con máximo respeto, concluir en una vuelta a una protección diplomática, como remedio a una inmunidad, es continuar en una línea que los tribunales (no solo nacionales sino también los de nuestro entorno) creían superada. Y añadir, que sea el “Estado del foro” – en nuestro caso España – quien deba pagar lo que otro no cumple exige una mayor motivación. Porque ni hay responsabilidad patrimonial del Estado por el hecho de un tercero, y las partidas presupuestarias sí que expresan la voluntad soberana del propio Estado (aceptando compromisos internacionales cuando efectivamente los ha admitido, por ejemplo, por causa del derecho europeo de la Unión Europea, tema lejano y distinto).

Continúa indicando la Sentencia:

“Si de la inmunidad de jurisdicción pasamos a la inmunidad de ejecución, cabe apreciar mayores cautelas a la hora de sentar excepciones a la regla de la inmunidad, mas sin que quepa negar que dichas excepciones se van abriendo paso en la práctica de numerosos Estados. Dichas excepciones siguen la huella del criterio sentado para la inmunidad de jurisdicción, es decir, se considera incontrovertible que un tribunal interno no puede adoptar medidas de ejecución (o cautelares) sobre bienes de un Estado extranjero en el territorio del Estado del foro que sean destinados por aquél al sostenimiento de actividades soberanas o de imperio. Este sería el contenido claro de la inmunidad de ejecución en el momento presente. A partir de aquí, la aceptación de la no inmunidad de ejecución de los bienes que el Estado extranjero destine en el Estado del foro a *actividades iure gestionis* o de inequívoca naturaleza privada o comercial varía, moviéndose entre la no aceptación de la más mínima excepción a la inmunidad de ejecución hasta posturas ciertamente avanzadas que exigen una inequívoca afectación de los bienes a actividades *iure imperii*”...

“Esta inembargabilidad de las cuentas corrientes de titularidad del Estado extranjero en bancos situados en el territorio nacional afectados al desenvolvimiento de la actividad ordinaria de las misiones diplomáticas y consulares, constituye la práctica internacional generalizada, de la que se deriva que la inmunidad de los Estados y de los bienes de las misiones diplomáticas y consulares en materia de ejecución impide que la ejecución forzosa pueda dirigirse, dentro de los bienes que las misiones diplomáticas y consulares puedan tener en el Estado del foro, contra aquellas cuentas

corrientes. Y ello incluso si las cantidades depositadas en entidades bancarias puedan servir también para la realización de actos en los que no está empeñada la soberanía del Estado extranjero, esto es, a la realización de actividades *iure gestionis* a las que puede no alcanzar la ratio de la inmunidad de los bienes de las misiones diplomáticas y consulares. Esa eventualidad de que una cuenta corriente destinada a asegurar el funcionamiento de la misión diplomática y consular del Estado extranjero pueda ser utilizada también para fines comerciales no justifica la exclusión de esa inmunidad de ejecución, y consecuente inembargabilidad, tanto por el carácter único e indivisible del saldo de la cuenta corriente, como por la imposibilidad de una investigación de las operaciones y de los fondos y destinos de los mismos en una cuenta corriente adscrita a una misión diplomática, lo que supondría una interferencia en la actividad de la misión diplomática, contraria a las reglas del Derecho internacional público.”

Al final, para suavizar quizás las consecuencias del fracaso de la acción, indica el Tribunal:

“Puede suceder, que al margen de los bienes inembargables porque efectiva o presumiblemente estén destinados al desenvolvimiento de la actividad de las misiones diplomáticas o consulares, el Estado extranjero – en este caso, la República de Sudáfrica – objeto de ejecución, sea titular de otros bienes en nuestro país. Respecto de estos bienes, si existen, la inmunidad de ejecución garantizada por el ordenamiento internacional y, por remisión, por el art. 21.2 L.O.P.J., sólo alcanza a aquéllos que estén destinados a la realización de *actos iure imperii*, pero no a aquéllos destinados a la realización de actividades *iure gestionis*. De este modo, los Tribunales ordinarios, para satisfacer el derecho a la ejecución de Sentencias, están habilitados para dirigir la actividad de ejecución forzosa frente a aquellos bienes que estén inequívocamente destinados por el Estado extranjero al desenvolvimiento de actividades industriales y comerciales en las que no esté empeñada su potestad soberana por actuar conforme a las reglas del tráfico jurídico-privado. Corresponde en cada caso al Juez ejecutor determinar, conforme a nuestro ordenamiento, de entre los bienes de los que sea titular específicamente el Estado extranjero en nuestro territorio, cuáles están inequívocamente destinados al desenvolvimiento de actividades económicas en las que dicho Estado, sin hacer uso de su potestad de imperio, actúa de la misma manera que un particular. Sin que, por lo demás, cumplida esta circunstancia, sea necesario que los bienes objeto de la ejecución estén destinados a la misma actividad *iure gestionis* que provocó el litigio, pues otra cosa haría ilusoria la ejecución en casos como el presente en que, al tratarse del despido de una trabajadora de una Embajada, y admitido que dichos litigios quedan al margen de la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero, ningún bien quedaría sustraído a la inmunidad de ejecución, ya que sólo los bienes de la Embajada estarían en conexión con la actividad que provocó el litigio”.

Se rechazó que las cuentas corrientes de una embajada pudieran ser objeto de una confiscación debido a que gozaban de inmunidad de ejecución aunque pudieran tener un fin distinto de un acto *iure imperii*. El voto particular se revela contra esta posición afirmando que el hecho de no observar si las cuentas corrientes podían estar destinadas a una actividad comercial desnaturalizaba la inmunidad restringida e imponía un retorno al concepto de inmunidad absoluta.

Así se pronuncia el Voto Particular del Magistrado, Excmo. Sr. Eugenio Díaz Eimil, cuando indica –sintetizamos–:

“No comparto, sin embargo, la decisión elegida por la Sentencia, puesto que excepcionar del referido principio de Derecho internacional, de manera absoluta, las cuentas corrientes bancarias, cualquiera que sea su destino –actividades de soberanía o de gestión– entraña, a mi juicio, una conclusión incompatible con el principio constitucional citado.

Y ello, porque este principio no consiente, que se limite o desconozca un derecho fundamental, sin que exista una norma jurídica que así lo disponga—de una manera razonable objetiva y en defensa de otros derechos o valores dignos de protección— y resulta que tal clase de norma no existe en el supuesto de autos, dado que no puede concederse tal efecto a una práctica internacional, que la propia Sentencia reconoce variable y desprovista de universalidad y uniformidad, notas estas cuya presencia sería imprescindible para extraer de ella la norma cierta, objetiva y razonable que nuestra doctrina constitucional exige tener para considerar justificada la limitación de un derecho fundamental.

De todas formas, cualquiera que sea la opinión que se tenga sobre la vigencia, sentido y amplitud de esa práctica internacional, lo cierto es que el principio de inmunidad relativa de ejecución exige que, para evitar el embargo, el Estado condenado acredite que los bienes contra los que se dirige estén destinados a actividad de soberanía, sin que ese acreditamiento pueda considerarse satisfecho por la simple manifestación del Estado contra el cual se dirige la acción ejecutiva, puesto que éste equivale a volver a los tiempos ya superados de la inmunidad absoluta a través de una especie de presunción *iure et de iure* que se manifiesta carente de todo apoyo normativo.”

En la actual Ley Orgánica se ha resuelto esta cuestión que dio lugar a pronunciamientos contradictorios al imponer la inejecutabilidad de las cuentas corrientes de las embajadas. Aunque en un principio pudiera acomodarse al espíritu que ya predicaban otras jurisdicciones, me muestro contrario a esta restricción, debido a que ni el Convenio de Viena de 1961 sobre relaciones diplomáticas ni el Convenio de Viena sobre relaciones consulares, ni tan siquiera la Convención de Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los estados y sus bienes es tan generosa con la protección de las cuentas corrientes.

Doctrina autorizada entendió, en aquellos momentos, que la Sentencia apuntaba a la solución correcta. Así el profesor Luis Ignacio Sánchez Rodríguez³⁶⁴ y la profesora M.A Ángeles Ruiz Colomé³⁶⁵ entendieron que el Voto Particular confunde las inmunidades jurisdiccionales con las diplomáticas, al mismo tiempo que entiende como buena solución la creación de un fondo o bolsa común por parte del Estado del foro, en nuestro caso, el Reino de España. Solución propuesta seguramente a raíz de la propia STC 107/1992 que propone como alternativa a la inmunidad de ejecución la posibilidad de iniciar la protección diplomática o de solicitar la responsabilidad patrimonial del Estado que negó la ejecución:

“Así, por ejemplo, cabría pensar en el recurso a la vía de la protección diplomática, en los casos en que la misma sea procedente con arreglo al Derecho internacional público, o, en último término, en una asunción por parte del Estado del foro del deber de satisfacer la obligación judicialmente declarada, cuando la inejecución de la misma pudiera suponer un sacrificio especial para el justiciable contrario al principio de igualdad ante las cargas públicas.”

Adelanto, con todo respeto, que no obstante la alta consideración que merecen estos trabajos, no resulta fácil aplicar el art. 106.2 CE como técnica de solución del incumplimiento de un Estado tercero (“Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de

³⁶⁴ *Loc. cit.*

³⁶⁵ *Loc. cit.*

sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”).

Esa nacionalización de las pérdidas, socializándolas en el país del foro –vía impuestos– por incumplimiento de un Estado tercero, difícilmente cumplirá con el requisito del nexo causal. Existe culpa u omisión de un tercero (el Estado a cuya organización pertenezca el agente) – no del supuesto responsable– y no depende del Estado del Foro cumplir y hacer cumplir con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Su acción diplomática, en su caso, no puede siempre ponerse en marcha; y la declaración de *persona non grata*, además de ser desproporcionada y fuente de conflictos mayores que los males que se desean evitar, tampoco tiene como respuesta automática la expulsión del agente en cuestión, lo que depende precisamente del Estado tercero. Y pese al citado ejemplo norteamericano, no es fácilmente explicable que en la Ley de Presupuestos los ciudadanos españoles abonen por los privilegios – con consecuencias negativas – de sujetos extranjeros que, al menos en las Sentencias citadas evitaron a la Justicia española.

En suma, aunque es cierto que hay que distinguir, incluso con nitidez, entre las inmunidades de jurisdicción – ejecución, y las diplomáticas y consulares, acaban respondiendo, como van indicando los propios autores citados y jurisprudencia, a fórmulas que inevitablemente se entrecruzan en no pocas ocasiones. Y no solamente la confusión viene por parte de los Tribunales españoles, sino que deliberadamente, ciertos abusos y fraudes por los agentes, pueden acabar acarreado durante el proceso que se produzca tal ofuscación. Máxime sabiendo que el Estado responderá como si se tratara de un garante solidario sin beneficio de excusión.

Por último, la idea de que una cuenta corriente no puede desglosarse, parece un apriorismo. Por de pronto, el propio Director de la Oficina cambiaria, y el gestor de la cuenta, tienen perfecto acceso a la misma. La confidencialidad no es aquí un secreto de Estado, sino la normal reserva entre banco–cliente. La cual cede en cualquier pleito y desde luego, puede con perfecta normalidad, comprobarse cuales son los gastos no reservados al ejercicio de las funciones diplomáticas y consulares. Y tampoco impide el normal desenvolvimiento de tales funciones el que el Juez examine las que corresponden a los gastos no vinculados a la misión diplomática/ consular.

La crítica de la Dra. Ruiz Colomé sobre la confusión del Voto Particular, se sostiene siempre que efectivamente no pudiera desglosarse en la cuenta corriente, las partidas dedicadas a la función diplomática y a los gastos corrientes de índole extradiplomático. Y si se quiere, procesalmente habría que estudiar la posibilidad de que el Juez examine dicha cuenta e indique cuales son las partidas a los que no afectaría que se trabara el preceptivo embargo. No se trata de abrir ni de realizar una revelación procesal (por cierto, ya permitida en algún anteproyecto de Ley, en concreto en el de transposición de la Directiva sobre indemnización de perjuicios en la aplicación privada del derecho de la competencia, que incluso se ha propuesto con un carácter general, tema en el que ahora no podemos entrar). Para abonar las cantidades a que se están refiriendo estas Sentencias, es prácticamente seguro que no se pone en riesgo alguno ni la misión diplomática ni la relación pacífica con otros Estados.

Por ello, si se hace ese discernimiento en la cuenta corriente, considero, apartándome de la ilustre opinión doctrinal citada, que entonces sí se puede ejecutar, que desde luego previamente habría decaído la prerrogativa de la inmunidad jurisdiccional y de ejecución. Todo ello sin confundir en modo alguno estas inmunidades con las de las Convenciones de Viena de 1961 y 1963. Ciertamente la práctica internacional aconseja la prudencia, ya que se opera en todo el mundo y evidentemente hay jurisdicciones muy complicadas que sugieren pausa y reflexión. No podemos examinar jurídicamente el ordenamiento de todos los países midiéndolo por nuestro civilizado rasero. No obstante, hay que ir dando pasos, discretos, fiables, prudentes, en la consolidación de un derecho que permita superar situaciones de agravio por comparación al ámbito interno, que supondrían una excepción chocante a los principios constitucionales de igualdad, tutela judicial efectiva y a los derechos sociales, de propiedad, etc.

Cierto es que en EE.UU la *Foreign Sovereign Immunity Act* dispuso como remedio frente a los incumplimientos del Estado crear un fondo de reservas. Y algunos autores señalan que todos los Estados creen esas reservas, lo que supondría que los Estados estuvieran temerosos de que un inversor extranjero ejecutara un laudo en su país y cobrarse del Estado donde se ejecutara el laudo. Lo que recuerda, en cierta forma, a la proposición de Bartolo de Sassoferrato de que los comerciantes acreedores se cobraran de un conciudadano de un deudor.

En Derecho internacional ya se suscitó la posible responsabilidad de un Estado por el hecho de no ejecutar un laudo frente a un Estado por mor de la inmunidad de ejecución de los Estados.

Caso paradigmático de lo anterior supone el asunto *Sedelmayer*. En 1994, mediante un decreto presidencial de Boris Yeltsin se embargó la compañía creada por Sedelmayer. Este, invocando el APPRI suscrito entre Alemania y Rusia interpuso una demanda ante la Cámara de Comercio de Estocolmo que condenó a Rusia al pago de un montante superior a dos millones de dólares³⁶⁶.

Después de que Rusia intentara sin éxito anular el laudo, se negó a cumplir voluntariamente y Sedelmayer comenzó una incesante búsqueda de activos rusos. En primer lugar, intentó el embargo, sin éxito, de la devolución del IVA que correspondía a la embajada rusa en Alemania. Intentó sin éxito el embargo de las reclamaciones de Rusia frente a Lufthansa. Ambos rechazados basados en que eran actos *iure imperii*.

El cansancio de Sedelmayer le llevó a demandar a Alemania, su país natal, ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que desestimó la demanda debido a que el Estado del foro de ejecución no incumple sus obligaciones internacionales si al llevar a cabo el proceso de ejecución no se consigue resarcir al vencedor siempre que el proceso haya sido justo y equitativo.

En la doctrina española se ha equiparado a la insolvencia en el sentido de que no se infringe el derecho a la tutela judicial efectiva por no conseguir que se cumpla la ejecución siempre que el procedimiento haya sido presidido por los principios de igualdad audiencia y contradicción.

³⁶⁶ *Sedelmayer c. Federación Rusa*, SCC 7 julio 1998.

Finalmente Sedelmayer averiguó que Rusia tenía en Suecia un edificio y el Tribunal Supremo sueco confirmó el embargo el 1 de julio de 2011 a pesar de que residiera personal diplomático o albergara coches oficiales debido a que otra parte del edificio se destinaba a actividad arrendaticias que tienen un fin puramente comercial.

Como puede comprobarse, hay motivos más que suficientes para que sea una Ley la que despeje las dudas que una remisión a esta movediza práctica internacional, aconseja. Y es que la jurisprudencia constitucional posterior (Sentencia 292/1994 de 27 de octubre, 140/1995 de 28 de septiembre), parecen indicar continuación en esta línea tradicional.

Por cierto, que el Voto Particular de tres Magistrados en esta última Sentencia construye, en mi opinión, una tesis bastante plausible sobre lo que significa la inmunidad civil como privilegio y no como prerrogativa, frente a lo que indicaba la mayoría del Pleno del Tribunal Constitucional, lo cual, supone una interpretación estricta de los Convenios de Viena de 1961 y 1963.

El caso se refería a un diplomático italiano que no pagaba las rentas del arrendamiento, y el Voto Particular dice que otorgar la inmunidad es un privilegio personal, no una prerrogativa del agente diplomático y de su Estado. Y la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 18 de abril de 1961 dice en su art. 31.1:

“1. El agente diplomático... Gozará también de inmunidad de su jurisdicción civil y administrativa, excepto si se trata: a. de una acción real sobre bienes inmuebles particulares radicados en el territorio del Estado receptor, a menos que el agente diplomático los posea por cuenta del Estado acreditante para los fines de la misión”...

Lo cual podía pensar en extenderse analógicamente al arrendamiento por la situación que el Convenio de Viena se representaba.

Pero también es cierto que el Auto del Tribunal Constitucional 112/2002 de 1 de julio, matiza esta posición al indicar que son embargables *“las cantidades correspondientes a la devolución de impuestos tanto de actividades públicas como privadas, comerciales o de cooperación, no estando estas últimas protegidas por la inmunidad”*, o la Sentencia 18/1997 de 10 de febrero, que viene a indicar que en los procedimientos de ejecución contra Estados extranjeros, si no hay bienes susceptibles de embargo, los tribunales deberían esforzarse en la *“localización de créditos, ayudas o subvenciones de las que fuera beneficiario dicho Estado extranjero”*, añadiendo en definitiva que cuando el sujeto ejecutado es un Estado extranjero no puede presumirse su insolvencia, y *“cobra vital importancia la colaboración de los poderes públicos del Estado del foro y en especial el Ministerio de Asuntos Exteriores.”*

Por ello, el órgano judicial debe recabar sin desmayo esta colaboración cuya negativa puede producir el nacimiento de las pertinentes responsabilidades, aspecto interesante, pero que a nuestro juicio debe tener límites, porque una cosa es que colabore nuestro propio Ministerio de Asuntos Exteriores y otra es que lo haga el Estado extranjero condenado, que puede ver aquí una oportunidad de no hacer nada y que trasladen al Estado del foro las responsabilidades precisamente por su negativa a colaborar con dicho Ministerio de Asuntos Exteriores.

En todo caso, la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, en sus preceptos contenidos en el art. 20.1 a) y 20.2, se posiciona en la tesis tradicional, ya que las cuentas corrientes bancarias en su caso sujetas a ejecución, serían las destinadas exclusivamente a fines distintos de los fines públicos no comerciales; esa exclusividad supone, pues, que las cuentas mixtas, a falta de algún desarrollo jurisprudencial –que por ejemplo, permita el desglose de esas cuentas–, no entrarán en el ámbito de lo ejecutable.

Desde luego que resulta un acierto el hecho de que se protejan específicamente algunos bienes sobre los que no cabe ni la renuncia del Estado, como pudiera ser el patrimonio cultural o el territorio de un Estado, que no viene específicamente nombrado por la Ley; pero que descende del Derecho Internacional.

Aunque obviamente siempre que de conformidad con la legislación del Estado condenado, también fuera un bien *iure imperii* no sujeto a venta. De esta forma hay Estados que permiten –en forma de privatización– la venta de sus ríos o playas o cuadros más ceremoniosos, lo que supone que serían actos *iure gestio*. En cambio, otros países, entre ellos España no permiten que se puedan embargar los cuadros, por ejemplo, del Museo del Prado como expone brillantemente Gallego Anabitarte en su obra “Los cuadros del Museo del Prado”. O la simple dicción del art. 46 CE mediante la que se protege el patrimonio histórico y cultural del Estado.

4. Cuestiones relevantes de la Ley Orgánica 16/2015 de 27 de octubre sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España

Como sabemos y recuerda el Consejo General del Poder Judicial, otros Estados sí han legislado para conocer los límites de la inmunidad de jurisdicción y de ejecución. Así, Estados Unidos de América (Sovereign Immunities Act de 1976), Reino Unido (*State Immunity Act* de 1978), Singapur (*Singapore State Immunity Act* de 1979) Pakistán (*Pakistani State Immunity Ordinance*, de 1981), Sudáfrica (South African Foreign States Immunities Act, de 1981), Canadá (Ley Canadiense sobre inmunidad del Estado, de 1982), y la República Argentina (Ley nº 24.488, de 1995).

Además, existen inmunidades en otros instrumentos. Permítasenos la cita del indicado Informe del Consejo General del Poder Judicial:

“En primer lugar, se encuentran determinados tratados internacionales sobre materias que en principio son ajenas al régimen de inmunidades, pero que contienen disposiciones concretas que incluyen inmunidades específicas. En esta categoría se encuentran el Convenio de Ginebra de 1958 sobre el mar territorial y la zona contigua, cuyo art. 22 se refiere a la inmunidad de los buques de guerra que pertenezcan a un Estado; la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, celebrada en Montego Bay en 1982, cuyos arts. 32, 95 y 96 versan sobre la inmunidad de buques y aeronaves de guerra; la Convención de Bruselas para la unificación de ciertas reglas relativas a la inmunidad de buques del Estado, de 10 de abril de 1926, y su Protocolo adicional de 1934; la Convención de Chicago sobre aviación civil internacional, de 7 de diciembre de 1944, que establece (art. 3) la distinción entre aeronaves civiles y aeronaves del Estado que son utilizadas en servicios

militares, de aduanas o de policía, reservando la inmunidad de jurisdicción y de ejecución para esta última categoría; y el Convenio de Roma para la unificación de ciertas reglas relativas al embargo preventivo de aeronaves, de 29 de mayo de 1933, que excluye de embargo a las aeronaves dedicadas exclusivamente al servicio del Estado (art. 3). También en esta categoría se encuentran el Convenio sobre el Estatuto de Fuerzas de la OTAN, de 19 de junio de 1951, y el Convenio hispano-norteamericano relativo a la mutua defensa, de 26 de septiembre de 1953, así como el actualmente vigente Convenio sobre cooperación para la defensa entre España y los Estados Unidos, de 1 de diciembre de 1988, cuyo capítulo IV contiene el estatuto de las fuerzas armadas estadounidenses en España.”

No nos podemos detener en todos ellos, desde luego. Sí recordar que ya hemos puesto de ejemplo precisamente el gran caso de un buque de guerra ante el Tribunal Supremo Norteamericano, en prueba de la importancia que pueden tener las respectivas inmunidades. Inmunidades que ahora ya no son generales, como en el caso del “Exchange” sino que tienen que venir avaladas por un instrumento concreto.

Además de Convenios sobre bienes concretos como el indicado *ut supra* hay también Convenios regionales, como el Convenio Interamericano de 21 de enero de 1983, o el Convenio Europeo de Basilea sobre Inmunidad, no ratificado por España.

Finalmente, antecedente inmediato de la Ley es la Convención de Naciones Unidas de 2 de diciembre de 2004, de carácter multilateral, sobre Inmunidad de los Estados y sus bienes abierta a la firma el 17 de enero de 2005. España sí lo ha firmado y depositado su instrumento de adhesión, publicado en el BOE de 18 de febrero de 2011, el día 21 de septiembre de 2011, pero no entrará en vigor hasta que lo ratifiquen 30 Estados³⁶⁷.

A los concretos efectos que aquí interesan, hay que destacar que la Ley Orgánica tiene por objeto regular las inmunidades ante los órganos jurisdiccionales españoles, y en su caso, los privilegios aplicables a los Estados extranjeros y sus bienes. Con anterioridad, cabe destacar que el Real Decreto 1654/1980, de 11 de julio, sobre Servicio de lo Contencioso del Estado en el extranjero en su exposición de motivos nos recordaba que la teoría de la inmunidad absoluta llegaba a su fin:

“La doctrina de la inmunidad absoluta de jurisdicción puede considerarse ya en su etapa final. Hoy día la mayor parte, si no la totalidad, de los estados aceptan la teoría restringida de inmunidad de jurisdicción, lo que ha producido un aumento en el número de litigios en los que el estado o sus organismos son parte ante una jurisdicción extranjera”

La nueva Ley Orgánica define legalmente lo que hay que entender por inmunidades, al indicar en su artículo segundo que:

“A los efectos de la presente Ley Orgánica, se entiende por:

a) Inmunidad de jurisdicción: prerrogativa de un Estado, organización o persona de no ser demandado ni enjuiciado por los órganos jurisdiccionales de otro Estado;

³⁶⁷ En consulta realizada para el envío de este trabajo el 13 de julio de 2016, continúa el mismo estatus de firmantes y partícipes. Faltan pues al menos nueve Estados por aceptar o ratificar la Convención (ratification, *acceptance*, *approval* or *accession*).

b) Inmunidad de ejecución: prerrogativa por la que un Estado, organización o persona y sus bienes no pueden ser objeto de medidas coercitivas o de ejecución de decisiones dictadas por los órganos jurisdiccionales de otro Estado;

c) Estado:

i) El Estado y sus diversos órganos de gobierno;

ii) Los elementos constitutivos de un Estado federal o las subdivisiones políticas del Estado, que estén facultados para realizar actos en el ejercicio de la autoridad soberana y actúen en tal capacidad;

iii) Los organismos e instituciones del Estado y otras entidades públicas, aunque tengan personalidad jurídica diferenciada, siempre que estén facultados para realizar actos en el ejercicio de la autoridad soberana del Estado y que actúen en tal capacidad; y

iv) Los representantes del Estado cuando actúen en esa condición.

[...]

n) Transacción mercantil: todo contrato o transacción mercantil de compraventa de bienes o prestación de servicios; todo contrato de préstamo u otra transacción de carácter financiero, incluida cualquier obligación de garantía o de indemnización concerniente a ese préstamo o a esa transacción; cualquier otro contrato o transacción de naturaleza mercantil, industrial o de arrendamiento de obra o de servicios, con exclusión de los contratos individuales de trabajo. Para determinar si un contrato o transacción es una «transacción mercantil», se atenderá principalmente a la naturaleza del contrato o de la transacción, pero se tendrá en cuenta también su finalidad si así lo acuerdan las partes en el contrato o la transacción o si, en la práctica del Estado que es parte en uno u otra, tal finalidad es pertinente para la determinación del carácter no mercantil del contrato o de la transacción.

Por otro lado, reconoce la existencia de otros privilegios e inmunidades, cuando explicita en su art. 3:

“Otros privilegios e inmunidades reconocidos por el Derecho Internacional y no afectados por la presente Ley Orgánica.

Lo dispuesto en la presente Ley Orgánica se entenderá sin perjuicio de cualesquiera otros privilegios e inmunidades contemplados por el Derecho Internacional y, en particular, de los reconocidos a:

a) Las misiones diplomáticas, oficinas consulares y misiones especiales de un Estado;

b) Las organizaciones internacionales y las personas adscritas a ellas; y

c) Los ingenios aeroespaciales y objetos espaciales propiedad de un Estado u operados por este.”

Es decir, que los dos Convenios de Viena de 1961 y 1963, y en su caso los que correspondan con ellos, tienen, por su diferente ámbito subjetivo, su propio régimen que continúa en vigor sin alteraciones por esta Ley. Recuérdese como a lo largo de esta exposición, en varias Sentencias e incluso aportaciones doctrinales, se viene comentando que, ciertamente, son ámbitos diferentes, que no pueden trasvasarse de unos a otros. Pero que no se puede olvidar que sí existe cierta unidad.

Decía el Voto Particular de la Sentencia del Tribunal Constitucional 140/1995 de 28 de septiembre de 1995:

“Ciertamente, como se advierte en esta misma Sentencia, la inmunidad jurisdiccional de los agentes diplomáticos y consulares es distinta a la de los Estados y, como tendré ocasión de exponer de inmediato, ha experimentado una menor evolución relativizadora en el ordenamiento internacional.

Sin embargo, la *ratio* última de ambas instituciones no es otra que la garantía del normal ejercicio de la función de representación diplomática, de ahí que, salvando las distancias que median entre un supuesto en el que entraba en juego la inmunidad de ejecución de un Estado extranjero y el ahora planteado, en el que lo que se trae a colación es la inmunidad de jurisdicción de un diplomático acreditado en España, resulta aplicable la doctrina sentada en aquellas Sentencias en el sentido de delimitar el alcance de las inmunidades en atención a si los actos que se pretenden someter a la jurisdicción afectan o no a las funciones diplomáticas. Si se atribuye a la Constitución el carácter de Norma suprema que le corresponde, la distinta evolución del ordenamiento internacional en uno y otro tipo de inmunidades no puede dar lugar a interpretaciones distintas de los preceptos constitucionales. En rigor, si la *ratio* de ambas figuras es la garantía de las funciones diplomáticas parece que ésta debe ser todavía más rigurosa cuando se aplica al Estado que cuando se refiere a sus diplomáticos.”

Y en general, hay que indicar que es común que los autores y las resoluciones judiciales, hagan algún tipo de indicación al respecto. Quizás la remisión inicial de la Ley Orgánica del Poder Judicial al Derecho Internacional, esté en la base de las indagaciones y búsquedas que ha tenido que ir realizando doctrina y jurisprudencia, y que ahora quedan más aclaradas.

La Ley parte de que efectivamente continúan operativas las inmunidades, al indicar:

“Art. 4. *Inmunidades del Estado extranjero*. Todo Estado extranjero y sus bienes disfrutarán de inmunidad de jurisdicción y ejecución ante los órganos jurisdiccionales españoles, en los términos y condiciones previstos en la presente Ley Orgánica.”

Es claro que los Estados extranjeros, y sus bienes, cuando invoquen estas inmunidades, han de contar con la Ley. Es imprescindible pues, hacer cierta pedagogía académica cerca de las embajadas y consulados más activos en nuestro país.

Ahora bien, en relación con la abdicación de la *inmunidad de jurisdicción*, el Estado ha de manifestar su consentimiento, que puede ser expreso o tácito. Y se establecen las manifestaciones que así incorporan tal consentimiento. También fórmulas relativas a determinados derechos, indemnizaciones, con especialidades de interés en otro marco académico

El art. 16, indica:

“Art. 16. *Procesos relativos a los efectos de un convenio arbitral*. Cuando un Estado extranjero haya convenido con una persona natural o jurídica nacional de otro Estado la sumisión a arbitraje de toda controversia relativa a una transacción mercantil, salvo acuerdo de las partes en otro sentido en el convenio arbitral o en la cláusula compromisoria, el Estado no podrá hacer valer la inmunidad ante un órgano jurisdiccional español en un proceso relativo a:

- a) La validez, interpretación o aplicación de la cláusula compromisoria o del convenio arbitral;
- b) El procedimiento de arbitraje, incluido el nombramiento judicial de los árbitros;
- c) La confirmación, la anulación o la revisión del laudo arbitral; o
- d) El reconocimiento de los efectos de los laudos extranjeros.”

Nótese que al suscribir un convenio arbitral es una fórmula que supone una declaración expresa, que entendemos ha de hacerse por escrito. El instrumento será cualquiera válido en Derecho. Basta haber convenido, esto es lo importante.

En el ámbito, pues, de la *inmunidad de jurisdicción* y siempre que la controversia se refiera a una transacción mercantil, que incluyen expresamente “*todo contrato de préstamo u otra transacción de carácter financiero, incluida cualquier obligación de garantía o de indemnización concerniente a ese préstamo o a esa transacción*”, queda, si no abatida, sí eclipsada la inmunidad de jurisdicción en el ámbito arbitral.

Se necesita, desde luego, haber convenido, a través de cualquier medio válido en Derecho internacional, por lo que este amplio reconocimiento de toda la relación jurídica que pone en pie el arbitraje, desde su inicio hasta los propios efectos del laudo en la fase final, supone claramente ese consentimiento del Estado. Una vez convenido mediante cualquier medio, ya no podrá poner obstáculos de jurisdicción, lo que en la fase final, referida al reconocimiento de los efectos del laudo, predispone ya para la fase siguiente, la fase de ejecución. Y aquí en esta fase de ejecución, aparecerán respecto de los efectos del laudo la totalidad de las exigencias que la propia Ley Orgánica 16/2015 de 27 de octubre, establece en el orden de la Inmunidad del Estado extranjero respecto de medidas de ejecución.

Será precisa una amplia indagación apegada a la jurisprudencia, para determinar la extensión, el ámbito y los límites de las indemnizaciones y garantías asociadas a tales transacciones, para determinar su naturaleza jurídica.

Con ello llegamos a la *inmunidad de ejecución*, que es donde hoy se centra el problema principal. Y ciertamente se aclaran cuestiones pero especialmente en lo que hace a los bienes dedicados a fines no comerciales, la situación puede variar poco.

El art. 17, tiene que ser leído conjuntamente, ya que se trata de conocer cuál es la inmunidad del Estado extranjero respecto de medidas de ejecución. Dice así:

“Art. 17. *Inmunidad del Estado extranjero respecto de medidas de ejecución*. 1. Los órganos jurisdiccionales españoles se abstendrán de adoptar medidas de ejecución u otras medidas coercitivas contra bienes del Estado extranjero, tanto antes como después de la resolución judicial, salvo que dicho Estado lo haya consentido, de manera expresa o tácita.

2. Después de la resolución judicial, los órganos jurisdiccionales españoles podrán *también* adoptar medidas de ejecución si se ha determinado que los bienes objeto de aquellas se utilizan o están destinados a ser utilizados por el Estado con fines distintos de los oficiales no comerciales, siempre que se encuentren en territorio español y tengan un nexo con el Estado contra el que se ha incoado el proceso, aunque se destinen a una actividad distinta de la que dio lugar al litigio.”

Puede comprobarse cómo, aun modestamente, los bienes que no sean oficiales no comerciales, una vez adoptada la resolución judicial, sí pueden ser objeto de ejecución. Se trata pues, en el número 2 de este artículo, de una matización a la declaración genérica del número 1, ya que si son bienes sujetos al giro o tráfico patrimonial común, situados en España, de carácter ordinario (no finalista, no destinados a fines que sirvan a su misión estatal) y conectados subjetivamente con el Estado demandado, no están protegidos por el privilegio del consentimiento previo.

Naturalmente, en estos supuestos, con anterioridad tiene que haberse admitido la jurisdicción del tribunal español. El resto de los bienes, todos los destinados al cumplimiento de la misión estatal y asimilados (art. 20 de la Ley), por el contrario, sí quedan cubiertos por la protección que le dispensa la inmunidad de ejecución, incluso cuando no exista inmunidad de jurisdicción. Podrá enjuiciarse, pero no ejecutarse salvo consentimiento.

La determinación precisa, pues, de los bienes que sirvan, o se disponga que acaben sirviendo, a fines comerciales privados —esto es, que no sean fines oficiales no comerciales, si tienen el punto de conexión que supone encontrarse en territorio español y tengan un nexo con el Estado demandado; nexo que deberá considerarse en su amplitud, esto es, aunque se destinen a una actividad distinta de la que dio lugar el litigio— sí quedarán sujetos a las correspondientes medidas de ejecución.

El art. 18, nos ilustra sobre cuando hay que entender prestado dicho consentimiento. Si es expreso, por acuerdo internacional (lo que significa que sí existe un acuerdo del tipo que sea que suponga someterse a cualquier órgano que pueda dictar una resolución al respecto que tenga que ejecutarse). Si bien, hay que precisar que el ordinal 3 de este art. Indica que si se presta consentimiento para la jurisdicción, ello no equivale, en ningún caso, al consentimiento para la adopción de medidas de ejecución). Esos acuerdos, pues, tendrán que precisar el alcance exacto del consentimiento prestado y hay que otorgar mucha importancia a la forma en que estén redactados. Y lo mismo, cuando se trate de consentimiento otorgado por contrato escrito. Cabe asimismo la declaración o comunicación escrita en el proceso que corresponda indicando que se presta consentimiento a la ejecución.

Y habrá consentimiento tácito hay cuando el Estado asigne bienes de su propiedad a la satisfacción de la demanda objeto del proceso. En todo caso, una vez iniciado el proceso ante un órgano jurisdiccional español, no se puede revocar.

Finalmente, el art. 20, indica:

Art. 20. Bienes del Estado dedicados a fines públicos no comerciales. 1. De los bienes propiedad del Estado extranjero o de los que este ostente su posesión o control, se consideran en todo caso específicamente utilizados o destinados a ser utilizados para fines públicos no comerciales los siguientes:

- a) Los bienes, incluidas las cuentas bancarias, utilizados o destinados a ser utilizados en el desempeño de las funciones de la misión diplomática del Estado o de sus oficinas consulares, misiones especiales, representaciones permanentes ante organizaciones internacionales o delegaciones en órganos de organizaciones internacionales o en conferencias internacionales;
- b) Los bienes del Estado de naturaleza militar, o utilizados o destinados a ser utilizados en el desempeño de funciones militares;
- c) Los bienes del banco central u otra autoridad monetaria del Estado que se destinen a los fines propios de dichas instituciones;
- d) Los bienes que formen parte del patrimonio cultural o de los archivos del Estado o de una exposición de objetos de interés científico, cultural o histórico, siempre que no se hayan puesto ni estén destinados a ser puestos a la venta; y
- e) Los buques y aeronaves de Estado.

2. Lo dispuesto en el punto a) del apartado anterior no será de aplicación a cuentas bancarias destinadas exclusivamente a fines distintos de los públicos no comerciales.

3. Los bienes enumerados en este artículo no podrán ser objeto de medidas de ejecución, salvo que el Estado extranjero haya prestado su consentimiento”.

El problema está en que las cuentas bancarias mixtas, no son *exclusivamente* destinadas a fines distintos de los públicos no comerciales. Con lo cual, sumado a los privilegios *ad personam* que otorgan las Convenciones de Viena de 1961 y 1963, hará probable que, de nuevo, pueda hacer su aparición la confusión si los órganos judiciales consideran abusivo el comportamiento del agente diplomático o consular.

La “exclusividad” supone claramente una apuesta por la doctrina tradicional. Pero creemos que con ello solo se ha vuelto a colocar el reloj en la hora de salida. Los Jueces decidirán. En todo caso, la ilustración que ofrece este precepto, ayudará a excluir a determinados bienes con lo cual, resueltamente, el resto sí quedará a disposición de una ejecución posible.

Finalmente, contar con un texto legal es ya una apuesta por la certidumbre y seguridad jurídica, que es loable para el derecho internacional y que por ello mismo, aún con la lógica crítica que pueda merecer, es un paso adelante merecedor de atención y examen.

En consecuencia, *ceteris paribus*, los efectos de los procesos arbitrales contarán de las mismas posibilidades de ejecución, partiendo resueltamente de que el art. 16, impide oponer inmunidad de jurisdicción a la práctica totalidad del iter procedimental en que se desenvuelve el arbitraje. Y respecto de la inmunidad de ejecución, puesto que el laudo se entrega para ser ejecutado por los órganos jurisdiccionales, se aplica lo indicado *ut supra* respecto de las exigencias previas y posteriores a la ejecución y llevanza del resto de las medidas que permitan su completa conclusión.

Por ello mismo, hay que entender que se produce una meritoria extensión de sus posibilidades, siguiendo el curso de los procesos judiciales. De ahí que entendamos que la mención expresa que la Ley hace de la institución arbitral para protegerla de la excepción de inmunidad de jurisdicción, provoque asimismo un refuerzo de este instituto, que gana así en mayor certidumbre y seguridad.

5. Incidencia en el nombramiento de árbitros. Sentencia TSJ Madrid de 29 de marzo de 2019: cuestión de designación judicial de árbitro contra el demandado Estado de Malasia

Como antecedente de este peculiar asunto cabe referirse, en primer lugar al Auto TSJ de Madrid, Sala Civil y Penal, Sección Primera, de 8 de mayo de 2018 que declaró declara la competencia territorial de este Tribunal para tramitar la demanda de nombramiento de un árbitro presentada por los *Herederos del Sultán, de (...) contra el Estado de Malasia* declara que el contrato objeto de la litis, celebrado 22 de enero de 1878 entre el Sultán de (...), de una parte, y por el Cónsul de Austria en Hong-Kong,

D. Jose María (“Señor Baron de ...”), que vincula en la actualidad a los herederos del Sultán y el Estado de Malasia, tiene por objeto el arriendo o cesión de un territorio situado en el Sabah (denominado Sandacan), que según la narración histórica que formula la demandante, en ese momento era territorio español –sometido a la soberanía española–, y que contiene la siguiente cláusula para el supuesto de existir litigio o discrepancia entre las partes “Si acaso en lo sucesivo hubiera controversia por nuestro contrato entre nuestros sucesores así como del Sr. Barón de ... o de la Compañía en los extremos que abraza este contrato se someterá al juicio del Cónsul Gral. de Borneo (Brunei)”. El citado art. 8.1º, que establece los fueros de competencia para el nombramiento de árbitros, atribuyéndola a los Tribunales Superiores de Justicia, para el supuesto de que no se encuentre determinado el lugar del arbitraje, si ninguna de las partes tuviere domicilio o residencia habitual en España, la competencia será la del domicilio o residencia habitual del actor, y si éste tampoco los tuviere en España, la de su elección.

Entiende el Auto de referencia que

“Por lo que en el presente caso, no teniendo ninguna de las partes domicilio en España, no estando determinado el lugar el arbitraje, la competencia es a elección del actor, justificando la misma en el extremo de que la Embajada de Malasia –parte demandada– se encuentra en Madrid. En consecuencia, prima facie este Tribunal es competente territorialmente para llevar a cabo un pronunciamiento sobre las pretensiones del actor, y analizar si concurren o no en este caso los requisitos del art. 15 de la LA, así como sobre las posibles cuestiones de inmunidad de jurisdicción que puedan surgir derivadas de las mismas”.

A partir de aquí, la STSJ de Madrid, Sala Civil y Penal, de 29 de marzo de 2019 (Ponente: Francisco José Goyena Salgado) resolvió una cuestión de designación judicial de árbitro contra el demandado Estado de Malasia. De acuerdo con la referida decisión:

“Establecida la competencia territorial para conocer de la presente demanda, en virtud de lo resuelto en nuestro Auto de fecha 8 de mayo de 2018, procede establecer como primera consideración o presupuesto, la comprobación de la existencia de un convenio arbitral, en virtud del cual las partes se comprometen y sujetan a resolver las discrepancias e interpretación del contrato litigioso a través de dicha institución. Dicho presupuesto se acredita a la vista de la cláusula integrada en el contrato de arrendamiento de fecha 22 de enero de 1878, concluido en ..., capital del Sultanato y denominado: “contrato de arriendo de Sandacan en Borneo”, aportado con la demanda como documento nº 3 y que prima facie, en este procedimiento no ha sido impugnado de contrario (...). Dejando a un lado las consideraciones que se establecen en la demanda, a la vista de los informes encargados (...), acerca de la falta de adecuación de los Tribunales de la Federación de Malasia y de la República de Filipinas, por exceder la función a que debe constreñirse esta Sala, y ante la no asunción de la función arbitral por parte del Foreign & Commonwealth Office (...), ciertamente la petición de nombramiento de árbitro, al amparo de la ya citada cláusula compromisaria, dirigida por la parte actora a la Federación de Malasia, en cuanto parte demandada, no ha merecido respuesta por dicha parte (...). Voluntad de no designar árbitro que cabe tener por reiterada, en lo que estrictamente se refiere al objeto de la presente demanda, ante la postura procesal adoptada por la parte demandada de rebeldía. En consecuencia, pactado inequívocamente el sometimiento a arbitraje en los siguientes términos: ‘Si acaso en lo sucesivo hubiera controversia por nuestro contrato entre nuestros sucesores así como los del Barón o de la Compañía en los extremos que abraza este contrato se someterá al juicio del Cónsul Gral. De Borneo (Brunei)’; no siendo posible acudir al árbitro designado primigeniamente y

sin que quepa apreciar, en el ámbito limitado de cognición propio de este procedimiento, restricción alguna de la voluntad de la parte demandada en la asunción de dicha cláusula compromisoria, debe procederse a la designación de árbitro interesada, sin entrar a decidir otras cuestiones, puesto que la actora cumplió escrupulosamente con el requisito material de la acción a que hemos hecho referencia (...). Siendo procedente, pues, el nombramiento de un árbitro que decida, como árbitro único en Derecho, la controversia, el Tribunal, tal y como dispone el art. 15.6º LA, atendiendo a la naturaleza de la contienda que se pretende dirimir y cualidades que, razonablemente señala la parte actora, en su otrosí digo segundo: a) Que tenga experiencia acreditada en arbitraje internacional, así como en la resolución de controversias de carácter comercial; b) Que hable español e inglés de forma fluida; y c) Que no tenga nacionalidad de ninguna de las partes (filipina o malasia), la designación por sorteo del árbitro único para dirimir la controversia entre las partes litigantes, debe quedar para la fase de ejecución de esta sentencia, al ser preciso elaborar una lista de candidatos que reúnan dichas condiciones, lo que se solicitará de la Corte de Arbitraje del ICAM”³⁶⁸.

³⁶⁸ <https://fernandezrozas.com/2019/09/06/el-tsj-de-madrid-procede-a-designar-arbitro-en-un-litigio-que-involucra-al-estado-de-malasia-stsj-madrid-29-marzo-2019/>.

V. Posibilidad de ejecutar bienes al Estado extranjero en ejecución de laudos arbitrales

1. *Ámbito general de la inmunidad de ejecución*

La inmunidad de ejecución surge una vez resuelta la inmunidad de jurisdicción; esto es, cuando el tribunal arbitral o el tribunal del foro se han declarado competentes para enjuiciar al Estado extranjero, en caso de ser condenado –incluso antes si se hubieran adoptado medidas cautelares que supongan el embargo de bienes– el siguiente paso es resolver si cabe embargar o confiscar bienes del Estado extranjero. Es, por tanto, el nudo gordiano que los particulares deben despejar para ver satisfechas las pretensiones deducidas en su demanda. A diferencia de la inmunidad de jurisdicción, donde son pocas ya las alegaciones efectuadas por los Estados al respecto, la inmunidad de ejecución sigue manteniendo en vilo a gran parte de los particulares que han visto cómo ejecutar a un Estado –basta contemplar las condenas al Reino de España en materia fotovoltaica– es poco menos que poner una pica en Flandes; sin embargo, existe una tendencia de los tribunales a relativizar esta inmunidad de ejecución, que día a día pierde peso en favor de la libre circulación y ejecución de laudos y sentencias extranjeras.

El instrumento internacional de referencia es la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los estados y de sus bienes, hecho en Nueva York el 2 de diciembre de 2004. Es un texto que no se encuentra en vigor porque deben ratificarlo 30 Estados (España sí lo ha firmado y depositado su instrumento de adhesión, el día 21 de septiembre de 2011³⁶⁹). Respecto a la inmunidad de jurisdicción, parte de la sustantividad del *pacta sunt servanda* y declara que ningún Estado podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción en un proceso ante un tribunal de otro Estado en relación con una cuestión o un asunto si ha consentido expresamente la jurisdicción de ese tribunal por (a) acuerdo internacional; (b) contrato escrito; (c) por una declaración ante el tribunal o por una comunicación escrita en un proceso determinado (art. 9). Lo que se complementa con el art. 17 que regula la imposibilidad de cuestionar la jurisdicción del tribunal arbitral cuando medie un convenio arbitral válido.

Resuelto lo anterior, respecto a la inmunidad de ejecución, a diferencia de lo que ocurría en la inmunidad de jurisdicción, la Convención regula en negativo: No podrán adoptarse medidas cautelares que supongan el embargo de bienes de un Estado, salvo que el Estado lo haya consentido. Esta prohibición se suaviza respecto a medidas posteriores al fallo (art. 19), donde se añade una letra (c): cabrá embargar con posterioridad al fallo

“... cuando se ha determinado que los bienes se utilizan específicamente o se destinan a su utilización por el Estado para fines distintos de los fines oficiales no comerciales y que se encuentran

³⁶⁹ BOE 18.2.2011.

en el territorio del Estado del foro, si bien únicamente podrán tomarse medidas coercitivas posteriores al fallo contra bienes que tengan un nexo con la entidad contra la cual se haya incoado el proceso.”

Es decir, se descarta la colaboración entre Estados para lograr el embargo de activos del Estado demandado, pues la Convención permite únicamente que se embarguen bienes que se encuentran en el territorio del foro. Y expresamente se indica que el consentimiento prestado para la inmunidad de jurisdicción no implica una renuncia a la inmunidad de ejecución art. 20. Por último, el art. 21 del Convenio precisa que nunca serán considerados como bienes utilizados o destinados a fines comerciales los siguientes:

“a) los bienes, incluida cualquier cuenta bancaria, que sean utilizados o estén destinados a ser utilizadas en el desempeño de las funciones de la misión diplomática del Estado o de sus oficinas consulares, sus misiones especiales, sus misiones ante organizaciones internacionales, o sus delegaciones en órganos de las organizaciones internacionales o en conferencias internacionales;

b) los bienes de carácter militar o los que sean utilizados o destinados a ser utilizados en el desempeño de funciones militares;

c) los bienes del banco central o de otra autoridad monetaria del Estado;

d) los bienes que formen parte del patrimonio cultural del Estado o parte de sus archivos y no se hayan puesto ni estén destinados a ser puestos en venta;

e) los bienes que forman parte de una exposición de objetos de interés científico, cultural o histórico y no se hayan puesto ni destinados a ser puestos en venta”

El TC ya se ha pronunciado sobre la posibilidad de ejecutar los bienes del Estado³⁷⁰. En este caso, la secretaria de la embajada de Sudáfrica en Madrid fue despedida. Tras declararse que el despido era improcedente solicitó la ejecución de la Sentencia en España. El TC entendió que a pesar de que los bienes de la embajada fueran inviolables, las cuentas corrientes u otros activos monetarios que la República Sudafricana pudiera tener en España no eran inmunes a la ejecución que proponía el demandante. La importancia de esta Sentencia radica en abrir una vía de ejecución –si bien únicamente respecto a actos *iure gestio*– a un Estado tras un concentrado análisis del Derecho internacional público aplicable al procedimiento, admitiendo la teoría relativa y no absoluta de la inmunidad de jurisdicción³⁷¹ y ejecución.

³⁷⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional de 1 de julio de 1992 [LA LEY 1982–TC/1993].

³⁷¹ Esta postura no ha quedado consolidada en la jurisprudencia, dado que existen posturas idénticas del TS y otras que, tras analizar las vicisitudes que podrían conllevar al embargo de las cuentas corrientes de los países, entiende que al ser de naturaleza mixta y pertenecer en parte a la misión diplomática, quedan protegidos por la Convención de Viena de 1961. Cf. F.J. Carrera Hernández, “La inmunidad de ejecución de los Estados en la práctica jurisprudencial española”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. XXIII, 2007, pp. 63–99 (pp. 64–70).

2. Decisiones recientes de la jurisprudencia española

A) Seguimiento de satélites de Villafranca, de la Agencia Espacial Europea: Sentencia TSJ de Madrid 1 febrero 2018

El art. 11 de la Convención de la Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, hecho en Nueva York en 2004 ofrece una relación, exhaustiva, de las excepciones aplicables a la regla general según la cual el Estado extranjero no disfruta de inmunidad de jurisdicción en los litigios ante los tribunales del Estado del foro relativos a contratos de trabajo. Dado que se trata de una lista de excepciones a una norma general, en su jurisprudencia el TEDH lleva a cabo una interpretación estricta de las mismas, en última instancia en beneficio de una aplicación efectiva del art. 6.1º del CEDH que permita a los particulares obtener la tutela judicial efectiva de sus derechos. A partir de aquí, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, de 1 de febrero de 2018, estimó un recurso de suplicación y revocó una Sentencia del Juzgado de lo Social de Madrid, declarando la nulidad de actuaciones hasta el momento anterior a dictarse la sentencia recurrida para que se dicte otra con libertad de criterio, en que se entre a resolver las cuestiones planteadas. Según la Sala

“En el presente caso, el demandante sostiene que los contratos suscritos con ISDEFE con objeto la “realización de las actividades de servicio de actualización y desarrollo de planos para la Estación de Seguimiento de satélites de Villafranca, de la Agencia Espacial Europea), a la que considera su empresa formal, son de carácter laboral y que esta le ha cedido a ESA, que considera su auténtico empleador, estando ante una cesión ilegal. Al tener la empresa ISDEFE su sede en España, la jurisdiccional social es la competente para conocer de las cuestiones que se plantean en este procedimiento (si estamos ante un contrato de trabajo, si ha existido una cesión ilegal, etc), de acuerdo con la normativa expuesta, sin que pueda dividirse la continencia de la causa. Lo expuesto lleva a declarar la nulidad de actuaciones hasta el momento anterior a dictarse la sentencia para que se dicte otra, con libertad de criterio, que entre a conocer de las diversas cuestiones planteadas”.

La inmunidad de jurisdicción se ha venido completando con la inmunidad de ejecución sobre los bienes del Estado. La inmunidad de ejecución es mucho más absoluta que la inmunidad de jurisdicción y viene institucionalizada tanto en el art. 21 LOPJ como en el art. 23 LGP³⁷², imposibilitando a los tribunales y autoridades administrativas ejecutar los bienes del Estado ligados a cualquier servicio público. Esta suerte de muro infranqueable es válido cuando se pretenda ejecutar un laudo en territorio español. Sin embargo, no afecta cuando se pretenda ejecutar el laudo en un país donde

³⁷² Art. 23.1. *Prerrogativas*. “Ningún tribunal ni autoridad administrativa podrá dictar providencia de embargo ni despachar mandamiento de ejecución contra los bienes y derechos patrimoniales cuando se encuentren materialmente afectados a un servicio público o a una función pública, cuando sus rendimientos o el producto de su enajenación estén legalmente afectados a fines diversos, o cuando se trate de valores o títulos representativos del capital de sociedades estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.”

existan bienes nacionales; los jueces de ese tercer Estado no quedan impedidos por lo dispuesto en la LGP.

B) Condena al embajador de Azerbaiyán a pagar las rentas adeudadas en virtud de un contrato de arrendamiento para uso particular: Auto del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2018

Otro ejemplo elocuente de cuanto decimos lo constituye el asunto resuelto finalmente mediante Auto del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2018³⁷³ por el que se inadmite –nada menos– que el recurso extraordinario por infracción procesal y simultáneo de casación interpuesto por la República de Azerbaiyán contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 21 de septiembre de 2015 por la que se estimó la demanda por la que se condenaba al embajador de Azerbaiyán a pagar las rentas adeudadas en virtud de un contrato de arrendamiento para uso particular.

A juicio de la República de Azerbaiyán, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid –que confirma la dictada por el Juzgado de primera Instancia nº 89– por la que se condena al pago de las rentas infringe la inmunidad de jurisdicción *ex art. 31 del Convenio de Viena de 1961 sobre Relaciones Diplomáticas y el art. 36 LEC y 21 LOPJ* sobre la falta de jurisdicción de los Tribunales españoles por mor de la inmunidad de jurisdicción de la que goza el embajador y la República de Azerbaiyán³⁷⁴. Lo anterior es sintomático de la evolución jurisprudencial desde las dos Sentencias seminales del Tribunal Supremo de 1986 que cambiaron la concepción de la inmunidad que hasta entonces traslucía en la jurisprudencia española³⁷⁵. Ejemplos sobre la limitación de la inmunidad de ejecución los encontramos también en actuaciones mercantiles como reconocimientos de deuda³⁷⁶ y es que los Estados y sus

³⁷³ JUR 2018\149876.

³⁷⁴ El agente diplomático gozará de inmunidad de la jurisdicción penal del Estado receptor. Gozará también de inmunidad de su jurisdicción civil y administrativa, excepto si se trata: a. de una acción real sobre bienes inmuebles particulares radicados en el territorio del Estado receptor, a menos que el agente diplomático los posea por cuenta del Estado acreditante para los fines de la misión; b. de una acción sucesoria en la que el agente diplomático figure, a título privado y no en nombre del Estado acreditante, como ejecutor testamentario, administrador, heredero o legatario; c. de una acción referente a cualquier actividad profesional o comercial ejercida por el agente diplomático en el Estado receptor, fuera de sus funciones oficiales.

³⁷⁵ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 8 noviembre 1979 [RJ 1979\3975] sobre el despido de una empleada de la embajada de Kuwait: “[...]entre cuyas materias no están incluidas las acciones de despido, ni tampoco la propugnada incompetencia de jurisdicción basada como anteriormente se indica, en el privilegio de la inmunidad surgida del cargo que ostentan determinadas personas, la que no puede quedar inoperante, por la obligación de respetar las Leyes y Reglamentos del Estado receptor, que en ningún caso, puede suponer actuaciones judiciales que pudiesen menoscabar aquella inmunidad”

³⁷⁶ Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de junio de 2000 [AC 2000\2544]: “En lo relativo a la capacidad de obligarse del organismo ejecutado, sin perjuicio de su condición de entidad estatal e investida de la condición oficial que invoca, aparte la normativa internacional contenida en las Convenciones de Viena de 1961 (RCL 1968, 155, 641 y NDL 26103) y 1963 (RCL 1970, 395 y NDL 26104) , y de Basilea de 1972 y la jurisprudencia que los interpreta, lo cierto es que al firmar el

dependencias participan continuamente en actividades comerciales que no pueden ampararse en una inmunidad de ejecución para perturbar el natural desarrollo y satisfacción del resto de actores del mercado. Y será el órgano judicial quien deba determinar qué bienes y derechos de los relacionados por el demandado *ex art.* 589 LEC son susceptibles de ejecución. Sin que el demandado disponga de esa potestad³⁷⁷.

Estos nuevos avatares muestran que España no se ha mantenido impertérrita a los cambios que han sufrido los negocios internacionales y cuenta con una regulación similar sobre la inmunidad de jurisdicción y ejecución a la de otros países³⁷⁸. Quizá falta una reforma para hacerla más atrevida y limitar la inmunidad de ejecución exclusivamente a supuestos *iure imperii* y se salvaguarden los bienes destinados al servicio público (militares, diplomáticos), culturales o históricos.

Debemos añadir que esta inmunidad de ejecución debe convivir, además, con el art. 118 CE que exige el cumplimiento de las resoluciones judiciales: “Es obligado cumplir las Sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto” por lo que los Tribunales españoles están obligados a buscar los medios de satisfacción de los demandantes; esto es: averiguar qué bienes –si existen– pueden ser susceptibles de embargo. Recordemos las palabras de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de octubre de 1994³⁷⁹ que describe el Informe elaborado por el Ministerio de Asuntos Exteriores:

“d) El 2 de junio de 1993 el Ministerio de Asuntos Exteriores emitió el informe solicitado, en el que se consideran amparados por la inmunidad de ejecución los locales, muebles y bienes allí situados, medios de transporte y cuentas corrientes de la Misión diplomática, añadiendo, no obstante –y con cita

reconocimiento de deuda el Banco Nacional de Cuba actúa en el ámbito privado absolutamente desprovisto de cualquier condición o privilegio que la normativa administrativa pueda otorgarle, sometiéndose implícitamente a las disposiciones que rigen comúnmente esta clase de relaciones entre particulares, por lo que en este ámbito en modo alguno puede prevalerse de la inmunidad que pudieran derivar de los beneficios de inejecutabilidad o inembargabilidad que impetra”.

³⁷⁷ Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz, nº 43/2004, de 8 noviembre. [JUR 2005\78179] en el que se ordena continuar una ejecución sobre los bienes de los proveedores del sistema de reventas de la marina de EE.UU. o la STC 107/1992 citada en este Auto:

“Corresponde en cada caso al Juez ejecutor determinar, conforme a nuestro ordenamiento, de entre los bienes de los que sea titular específicamente el Estado extranjero en nuestro territorio, cuáles están inequívocamente destinados al desenvolvimiento de actividades económicas en las que dicho Estado, sin hacer uso de su potestad de imperio, actúa de la misma manera que un particular”. *Vid.* J. Carrera Hernández, “la inmunidad de ejecución de los Estados en la práctica jurisprudencial española”, *AEDI*, vol XXIII (2007)

³⁷⁸ *Foreign Sovereign Immunities Act*, 21 de octubre de 1976 (EE.UU); *State Immunity Act*, 20 de Julio de 1978 (Reino Unido); *Foreign Sovereign Immunities Act*, 6 de octubre de 1981 (República Sudafricana); *State Immunity Act* de 1979 (Singapur); *Foreign Sovereign Immunity Act*, de 16 de diciembre de 1985 (Austria); o la Ley 24.488 (Argentina) que contiene 7 artículos respecto a la inmunidad del Estado. En el ámbito internacional encontramos la Convención de Viena de 1961 a la que ya hicimos alusión; la Convención de Viena de 24 de abril de 1963 sobre Relaciones Consulares; el Convenio europeo sobre la inmunidad de los Estados (Basilea, 16 de mayo de 1972), si bien no ha tenido mucho éxito; o la Convención de la ONU de 2 de diciembre de 2004 sobre inmunidad jurisdiccional de los Estados y de sus bienes.

³⁷⁹ RTC 1994/292.

expresa de la STC 107/1992 (RTC 1992\107) y del art. 118 CE (RCL 1978\2836 y ApNDL 2875)—, que el propio Ministerio debería conseguir información sobre bienes no afectos a las actividades propias de la Misión y sobre los que se pudiera hacer efectiva la condena”

En definitiva, podrán aducirse numerosas alternativas para lograr que la inmunidad de ejecución o perjudique la efectividad de las condenas; sin embargo, en lugar de buscar alternativas para no comprometer las relaciones interestatales del España, lo óptimo sería que tanto el MAEC como los Tribunales españoles adoptaran una posición valiente y ejecutaran los Laudos extranjeros sin temor cuando sean actos *iure gestionis*, sin hacerlos depender de la nacionalidad del demandante y discerniendo entre los bienes que son susceptibles de ejecución y los que no. No solo están obligados por los tratados internacionales sino también por el propio art. 118 CE (y el más general 24 CE).

3. Práctica contra la República de Guinea Ecuatorial

A) Antecedentes: laudos condenatorios procedentes de Laudos emandos por la CCI y por la OHADA

En el asunto de la República de Guinea se trabó embargo sobre un avión comercial de una compañía participada al 100% por la República de Guinea Ecuatorial.

Por esta razón —y por la imposibilidad regulada mediante la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España (LOI) de embargar las aeronaves del Estado (si bien solo se refiere a las utilizadas por el Estado y no en el ámbito comercial), cobra especial relevancia los dos Autos del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de septiembre de 2016³⁸⁰ y de 14 de noviembre de 2016³⁸¹ relativos a la ejecución de dos Laudos —CCI y OHADA, en este último caso el primero reconocido y ejecutado en España³⁸²— mediante los que se interesó el reconocimiento de los mismos como paso previo a su ejecución y el posterior decreto de embargo, por parte del Juzgado de Primera Instancia nº 101 de Madrid, de un avión Boeing 777 de la sociedad Ceiba Intercontinental, propiedad al 100% de la República de Guinea Ecuatorial, que tuvo especial impacto mediático³⁸³ y cuyas consecuencias derivaron en que Guinea Ecuatorial cancelara las rutas comerciales con España para evitar el embargo del avión³⁸⁴.

Analizaremos ambos procedimientos, si bien la conexión entre ambos es tan estrecha que la Asesoría Jurídica Internacional, dependiente del Ministerio de Asuntos

³⁸⁰ ATSJ de Madrid de 28 de septiembre de 2016.

³⁸¹ ATSJ de Madrid de 14 de noviembre de 2016

³⁸² E. Linares Rodríguez, “Primera ejecución en España de un laudo OHADA ¿Por qué tiene un juez español que forzar su cumplimiento?”, *Arbitraje*, vol. X, nº 1, 2017, pp. 131–162

³⁸³ https://elpais.com/politica/2017/02/08/actualidad/1486574513_491984.html

³⁸⁴ <https://www.elmundo.es/economia/2017/03/06/58bc3960268e3e08358b45fa.html>

Exteriores y Cooperación, elaboró un solo informe *ex art.* 27.2 de a LCJI³⁸⁵ para ambos procedimientos. Y concluyó, contrariamente a lo luego resolvió el TSJ de Madrid, que debía respetarse la inmunidad de jurisdicción de la República de Guinea Ecuatorial (prueba de que nos encontramos lejos de una consideración unívoca).

Aunque las dos resoluciones concluyen –con acierto– que la República de Guinea Ecuatorial no puede parapetarse en la inmunidad de jurisdicción para evitar el reconocimiento del Laudo, el camino que emprenden hasta alcanzar esa conclusión deja mucho que desear y puede complicar el reconocimiento de futuros laudos por una extensión –errónea– de la inmunidad de jurisdicción.

El instrumento aplicable para el reconocimiento del Laudo es el CNY de 1958, al que se remite el art. 46.2 LA. En virtud de dicho Convenio solo cabrá alegar unas concretas causas para evitar el reconocimiento del Laudo. Algunas de ellas incluso apreciables de oficio.

Lo primero que hay que advertir es que entre esas causas de denegación del reconocimiento y ejecución del Laudo del CNY 1958 no se encuentra (específicamente) la de inmunidad de jurisdicción o ejecución; sin embargo –y como veremos, es importante destacar– la inmunidad de jurisdicción y ejecución forma parte del orden público interno e internacional. Además, la infracción del orden público es una causa de denegación del reconocimiento apreciable de oficio al amparo del art. V, apartado 2, del CNY, con lo que los tribunales españoles están obligados a aplicar la LOI, en lo que se refiere a la inmunidad de jurisdicción, aunque no se haya alegado por la parte demandada.

A lo anterior se añade que las normas procesales aplicables son, en virtud del art. III CNY 1958 las del Estado del foro. Y el CNY es de aplicación universal *ex art.* I, apartado 3³⁸⁶ (cabe reserva, pero España no la realizó), esto es, resulta de aplicación siempre que se intente ejecutar un laudo internacional en España aunque el lugar donde se hubiera dictado dicho Laudo no fuera un Estado firmante del CNY 1958.

En este supuesto es importante destacarlo porque el Auto del TSJ de Madrid de 14 de noviembre de 2016 se dictó en rebeldía del demandado. Lo que no empece para que el TSJ deba considerar si concurre o no la causa de inmunidad de jurisdicción. Debe tenerse en cuenta, además, que la necesidad de reconocer un Laudo dictado contra un Estado se suscita cuando ese Estado no ha cumplido voluntariamente con el resultado del Laudo; por lo que las decisiones de reconocer un Laudo en contra de un Estado suponen una merma en las relaciones interestatales de España e incluso puede suponer, como se indicaba en el Proyecto de la Ley de Inmunidades “en un hecho ilícito por la

³⁸⁵ “Los órganos jurisdiccionales españoles comunicarán al Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación la existencia de cualquier procedimiento contra un Estado extranjero a los solos efectos de que aquel emita informe en relación con las cuestiones relativas a la inmunidad de jurisdicción y ejecución, del que dará traslado al órgano jurisdiccional competente por la misma vía”.

³⁸⁶ “En el momento de firmar o de ratificar la presente Convención, de adherirse a ella o de hacer la notificación de su extensión prevista en el art. , todo estado podrá, a base de reciprocidad, declarar que aplicará la presente Convención al reconocimiento y a la ejecución de las Sentencias arbitrales dictadas en el territorio de otro estado contratante únicamente. Podrá también declarar que solo aplicará la Convención a los litigios surgidos de relaciones jurídicas, sean o no contractuales, consideradas comerciales por su derecho interno”.

violación de una obligación internacional, lo que entrañaría su responsabilidad internacional frente a otro Estado» (STC 140/1995, de 28 de septiembre, Fundamento Jurídico 9)³⁸⁷. Razón de más para ser cauteloso –aunque contundente– en la aplicación de la inmunidad de jurisdicción por mucho que contemos con una consolidada separación de poderes.

Pero, por otro lado, tampoco España puede desobedecer los convenios internacionales (CNY 1958, Convenio de Ginebra de 1961, Convenio CIADI y la ejecución como si de una Sentencia interna se tratara *ex art.* 54). Antes hemos comprobado como el TC se planteaba la protección diplomática como alternativa ante la imposibilidad de ejecutar un Laudo. Pero es que la protección diplomática no es una alternativa a la inmunidad de ejecución. En el ámbito CIADI es un remedio *ex post*, que nace únicamente cuando ha resultado imposible ejecutar al Estado demandado porque el Estado donde se ha intentado la ejecución se ha negado a acatar el Laudo. A estos efectos, el art. 27 Convenio CIADI establece:

“Ningún Estado Contratante concederá protección diplomática ni promoverá reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado Contratante hayan consentido en someter o hayan sometido a arbitraje conforme a este Convenio, salvo que este último Estado Contratante no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo.”

Algunos autores³⁸⁸ también han mencionado la posibilidad de acudir a la Corte Internacional de Justicia *ex art.* 64 y solicitar la responsabilidad del Estado que incumpla el Convenio CIADI³⁸⁹, como también indicó el Comité *ad hoc* del caso CIADI no. ARB/02/14 *CDC Group P.L.C. v. Republic of Seychelles*³⁹⁰:

“... while the Convention preserves sovereign immunity it expressly obligates an award-debtor nonetheless to pay the award and, in default of meeting such obligation, subjects the defaulting state to the jurisdiction of the International Court of Justice”

Con estos mimbres, aunque en este caso no nos encontráramos ante un asunto CIADI, se podrá entender mejor las críticas que merecen ambos Autos y, sobre todo, la postura mantenida por la Asesoría Jurídica Internacional del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación que supone en la práctica un retorno a la inmunidad absoluta desterrada previamente tanto por el Tribunal Supremo como por el Tribunal Constitucional.

³⁸⁷ Proyecto de Ley Orgánica sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España, X Legislatura, 10 agosto 2015.

³⁸⁸ C.G. Sommer, “El reconocimiento y la ejecución en los laudos arbitrales del ciadi: Ejecución Directa o Aplicación del Exequatur?”, p. 10.

³⁸⁹ “Toda diferencia que surja entre Estados Contratantes sobre la interpretación o aplicación de este Convenio y que no se resuelva mediante negociación se remitirá, a instancia de una u otra parte en la diferencia, a la Corte Internacional de Justicia, salvo que dichos Estados acuerden acudir a otro modo de arreglo.”

³⁹⁰ Caso CIADI no. ARB/02/14 *CDC Group P.L.C. v. Republic of Seychelles*, Decision on Whether or not to Continue Stay and Order, 14 de julio de 2004, p. 14.

B) Auto del TSJ de Madrid de 28 de septiembre de 2016: execuátur de un laudo CCI

El primer Auto del TSJ trata el execuátur en España del Laudo de 8 de julio de 2014, dictado en París por el Tribunal Arbitral integrado por D. Horacio A. Grigera Naón (Presidente), D. José Rosell y D. Alejandro Alonso Dregi, en el Arbitraje nº 19359/MCP/CA/ASM, de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) por el que se condena a la República de Guinea Ecuatorial al abono del interés de demora devengado por la cantidad de 131.992.915 euros.

Primero, realiza una subsunción del concepto “inmunidad de jurisdicción” dentro del orden público desde dos vías: (i) considera que la inmunidad de jurisdicción puede afectar al orden público que protege al demandante porque impide el acceso a la tutela judicial efectiva *ex art.* 24.1 y 117.3 CE; por otro lado considera que preterir la inmunidad de jurisdicción puede suponer que España infrinja sus obligaciones internacionales para con el Estado demandado.

Se echa en falta la otra vertiente de las obligaciones internacionales de España a las que aludíamos (CNY 1958, Convenio de Ginebra de 1961) y que obligan a España a reconocer y ejecutar Laudos dictados incluso contra Estados soberanos (si bien en el ámbito de la ejecución siempre que no se dirija frente a bienes protegidos por los convenios internacionales o por la normativa interna).

El TSJ de Madrid se apoya en la Sentencia del Tribunal Permanente de Justicia Internacional de 1927 en el caso *Lotus*, Francia c. Turquía. Lo cual demuestra que fuera de los casos más paradigmáticos de despidos en embajadas a empleados y la reclamación de la indemnización correspondiente en la jurisdicción social –que se trata de un problema resuelto– los tribunales españoles no están acostumbrados a lidiar con asuntos relativos a la inmunidad de jurisdicción y ejecución de los Estados³⁹¹.

En el caso *Lotus*, la Corte Permanente de Justicia Internacional resolvió que Turquía tenía derecho a enjuiciar a un ciudadano francés (léase, tenía jurisdicción) tras la colisión de un barco francés con otro turco en altamar. Es decir, mediante el caso *Lotus* se permite que Turquía tenga jurisdicción para iniciar un procedimiento contra una persona por un hecho que se ha cometido dentro de su jurisdicción (ampliación de jurisdicción) por los efectos que esa acción penal ha tenido en Turquía (murieron ocho personas tras la colisión). La inmunidad de jurisdicción no se asemeja al asunto *Lotus*. No se trata de que los Estados puedan ejercer jurisdicción en su propio territorio respecto a unos hechos ocurridos en el extranjero como una suerte de ampliación de jurisdicción. Al contrario, se pretende que un Laudo extranjero sea reconocido dentro de España y eso debe conjugarse con la igualdad soberana (*par in parem non habet imperium*) y la

³⁹¹ B.M. Herías Fernández, “Consideraciones acerca de la inmunidad de jurisdicción y de ejecución a propósito del execuátur de dos laudos arbitrales internacionales en España”, *Arbitraje*, vol. X, nº 1, 2017, pp. 191–202

actuación del Estado bien como soberano (*iure imperii*) o como actor comercial (*iure gestio*).

El Auto funda la constitucionalidad de la inmunidad de jurisdicción precisamente en los principios de cooperación pacífica y de igualdad soberana entre los Estados (art. 2.1 de la Carta de las Naciones Unidas).

En virtud del art. 54.5 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional, se concedió un plazo de treinta (30) días a la República de Guinea Ecuatorial para oponerse al *execuátur*. Presentada la oposición, al amparo del art. 27.2 LCJI se dio traslado al Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación para que la Asesoría Jurídica Internacional (AJI) elaborara un informe relativo a la posible inmunidad de jurisdicción de la República de Guinea.

En dicho informe –a pesar de que se hacía una mayor referencia al procedimiento que dio lugar al Auto del TSJ de 14 de noviembre de 2016– la AJI consideró que debía respetarse la inmunidad de jurisdicción de la República de Guinea sobre la base de dos argumentos: (i) la nacionalidad del demandante es ecuatoguineana y (ii) ausencia de consentimiento por parte de la República de Guinea Ecuatorial.

i) Sobre la nacionalidad del demandante, dice el Informe:

“Pero en el caso al que nos enfrentamos no estamos ante el supuesto de hecho de dicha norma [art. 16 Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros]. Baste señalar que el CBGE tiene, de conformidad con los criterios establecidos por la Corte Internacional de Justicia en el conocido asunto de la *Barcelona Traction* y que atienden a la legislación bajo la que se constituyó una sociedad y al lugar en el que ésta tiene su sede (*Bélgica c. España*, segunda fase, Sentencia de 5 de febrero de 1970), nacionalidad ecuatoguineana; no cabe por ello apreciar que el convenio arbitral o la cláusula compromisorio que dio lugar al arbitraje y al posterior laudo fuera acordada por el Estado extranjero de que se trate “con una persona natural o jurídica nacional de otro Estado”, tal y como prescribe el art. 16 de la LOPI”.

Aquí la Asesoría Jurídica Internacional comete un primer error –lo calificamos así por las relevantísimas consecuencias que podrían darse de no hacerlo–: considerar que la CBGE (que no era objeto de este reconocimiento sino del Auto de 14 de noviembre de 2016) tiene nacionalidad ecuatoguineana cuando el Laudo no lo había considerado así. El Informe prescrito por el art. 27.2 LCJI tiene que respetar los efectos *res judicata* del Laudo y no puede entrar a analizar el criterio de nacionalidad si ya ha sido resuelto por el Laudo porque implicaría una revisión del fondo del Laudo.

El segundo criterio (no lo calificaremos error porque se trata de la exégesis que realiza el art. 16 de la Ley de Inmunidades) es que considera que como el art. 16 de la Ley de Inmunidades empieza “*Cuando un Estado extranjero haya convenido con una persona natural o jurídica nacional de otro Estado la sumisión a arbitraje*”. Ese “de otro Estado” excluye, *sensu contrario*, que esta excepción a la inmunidad de jurisdicción resulte aplicable cuando se trata de un nacional del Estado demandado.

Es cierto que la literalidad estricta de la norma concuerda con el análisis que efectúa la Asesoría Jurídica Internacional; sin embargo, no existe ningún criterio en Derecho

Internacional que permita sostener que la inmunidad de jurisdicción se aplica exclusivamente cuando el demandante tiene una nacionalidad distinta a la del Estado demandado. Es, simplemente, más habitual. Sobre todo en arbitraje de inversiones donde el demandante siempre es de una nacionalidad distinta a la del Estado demandado, pero no porque este último tenga inmunidad frente a sus nacionales, sino porque en los AP-PRIs o en tratados multilaterales solo se concede la facultad de acudir a arbitraje al inversor extranjero.

Pero esa literalidad queda vencida por el criterio del Derecho internacional consuetudinario en el que se inspira la propia Ley Orgánica de Inmунidades³⁹². Máxime cuando desde el Proyecto de Ley la redacción del art. 16 se mantuvo impertérrita desde su versión inicial hasta su aprobación por el Congreso. Pensar que el Estado puede “des-hacerse” de un convenio arbitral por el mero hecho de que la otra parte sea nacional desvirtuaría la doctrina de actos propios, que es el fundamento principal por el cual un Estado no puede alegar la inmunidad de jurisdicción cuando ha aceptado someterse a arbitraje. No solo eso. El Estado se sometió a arbitraje en virtud de su propia autonomía de la voluntad y debe cumplir con el *pacta sunt servanda*. El art. 10.2, apartado b, de la Convención de Naciones Unidas de 2004 permite al Estado mantener la inmunidad de jurisdicción en sus transacciones mercantiles “Lo dispuesto en el párrafo 1 no se aplica... b) si las partes en la transacción mercantil han pactado expresamente otra cosa”. Por lo que no es necesario que conste una renuncia expresa a la inmunidad de jurisdicción —a pesar de que es recomendable introducirlo porque pueden existir legislaciones nacionales aplicables que exijan renuncia expresa— si bien es habitual que así consten en todos los contratos suscritos con estados o empresas estatales³⁹³.

Tampoco es lo recogido, por ejemplo, en el Convenio Europeo sobre Inmunidad de los Estados realizado en Basilea en 1972, cuyo art. 12, indica:

“Where a Contracting State has agreed in writing to submit to arbitration a dispute which has arisen or may arise out of a civil or commercial matter, that State may not claim immunity from the jurisdiction of a court of another Contracting State on the territory or according to the law of which the arbitration has taken or will take place in respect of any proceedings relating to:

- a. The validity or interpretation of the arbitration agreement;*
- b. The arbitration procedure.*
- c. The setting aside of the award,*

Unless the arbitration agreement otherwise provides.”

En este caso se acentuaba esa renuncia a la inmunidad de jurisdicción porque había concurrido una renuncia expresa. Así lo indica el TSJ de Madrid:

³⁹² N. Gamboa Morales, *La inmunidad soberana de jurisdicción en el marco del arbitraje comercial internacional. Evolución y actualidad*, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2007, p. 68 indica que la renuncia a la inmunidad de jurisdicción por sometimiento a arbitraje ha tenido una respuesta “masivamente” favorable.

³⁹³ M. Gómez Jené, “Inmunidad y Transacciones Mercantiles internacionales”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, nº 1, 2011, pp. 155–178.

“La cláusula arbitral contenida en el art. 11 del Acuerdo de 4/11/2011, en su último párrafo, incluye una renuncia a las inmunidades de jurisdicción y ejecución de la República de Guinea Ecuatorial en los siguientes términos: “En caso necesario, el Estado renuncia expresamente a hacer uso de cualquier inmunidad de jurisdicción y de ejecución, no obstante, dicha renuncia no permitirá adoptar medidas de ejecución contra los activos del Estado que estén exclusivamente reservados a un uso administrativo, militar o diplomático o que, de manera general, recaigan bajo la soberanía del Estado”.”

No obstante lo anterior, estamos ante una cuestión inacabada por la jurisprudencia española, pues el TSJ concluyó que el Informe de la AJI (MAEC) no resultaba de aplicación porque, al referirse a otro procedimiento en su esencia, no tuvo en cuenta que la sociedad demandante en este caso era francesa:

“Finalmente, importa señalar que no es controvertido el hecho de que la sociedad firmante del Acuerdo con la RGE, FCR, hoy ORANGE, es una sociedad anónima de Derecho francés con domicilio en 78, rue Olivier de Serres, 75015, París, Francia. Este dato fáctico priva de toda virtualidad, en la presente causa, al Informe emitido por la Asesoría Jurídica Internacional”

De lo anterior se deduce que el Auto del TSJ de Madrid habría concedido la inmunidad de jurisdicción en caso de que se hubiera demostrado que la sociedad francesa, en realidad, podía considerarse una sociedad de nacionalidad ecuatoguineana.

ii) Sobre la ausencia de consentimiento expreso o tácito que suponga una renuncia a la inmunidad de jurisdicción, dice el Informe:

“El ejercicio de jurisdicción por el TSJ de Madrid sólo sería posible, entonces, si mediara el consentimiento, expreso o tácito, de Guinea Ecuatorial (arts. 5 y 6 de la LOPI).

En estas condiciones, no procede por el momento plantearse la cuestión de la inmunidad de ejecución de dicho Estado, puesto que cabe presumir que no dará su consentimiento, del que depende, como se viene diciendo, la existencia de una eventual Sentencia reconociendo los efectos del laudo de la OHADA en España”

Y luego, para confirmar su postura, cita el art. 17 de la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes. Y concluye que no variaría el razonamiento —entendemos que por el criterio de nacionalidad—:

“Efectos de un convenio arbitral. Si un Estado concierta por escrito un convenio con una persona natural o jurídica extranjera a fin de someter a arbitraje todo litigio relacionado con una transacción mercantil, ese Estado no podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción ante un tribunal de otro Estado, por lo demás competente, en ningún proceso relativo a:

- a) la validez, la interpretación o la aplicación del convenio arbitral;
 - b) el procedimiento de arbitraje, o;
 - c) la confirmación o anulación del laudo;
- a menos que el convenio arbitral disponga otra cosa.”

Al igual que señala que al no resultar de aplicación el Reglamento Bruselas I bis al *execuátur*, tampoco cabe reconocer la Sentencia del Tribunal de Alta Instancia de París.

Sobre el consentimiento expreso o tácito –arts. 5 y 6 de la LOI– se refieren a procesos sustanciados ante un órgano español. Aunque el TSJ de Madrid considera que es dado que la República de Guinea Ecuatorial había pactado en un contrato un convenio arbitral con renuncia expresa a la jurisdicción, podía subsumirse en el apartado b) del art. 5 LOI:

“El Estado extranjero no podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción en un proceso ante un órgano jurisdiccional español respecto de una cuestión en relación con la cual haya consentido de forma expresa el ejercicio de dicha jurisdicción [...] b) en un contrato escrito”.

Con todo, el Auto del TSJ de Madrid es arrojado dado que el Informe del AJI (aunque referido en su integridad a otro supuesto y luego extendido a éste por ser muy similar) negaba la posibilidad de reconocer el Laudo por la inmunidad de jurisdicción de la República de Guinea Ecuatorial y continuó siéndolo en el supuesto específico al que se refería el informe de la AJI.

C) Auto del TSJ de Madrid de 14 de noviembre de 2016: execuátur de un laudo OHADA

En este asunto, Commercial Bank Guinea Ecuatorial (CBGE), formuló solicitud de execuátur de Laudo arbitral de 24 de mayo de 2009, dictado en el seno del Tribunal Común de Justicia y Arbitraje de la OHADA, en el expediente nº 003/2007/ARB, por los árbitros Thierry Lauriol, Ebanga Ewodo y Albert Bikalou, frente a la República de Guinea Ecuatorial incluidas todas sus administraciones, departamentos, organismos, entidades estatales y sociedades participadas al 100% por capital público y, en particular, la sociedad Ceiba Intercontinental S.A.

La República de Guinea no se personó –ni, por tanto, se opuso a la solicitud de execuátur– en el procedimiento, si bien, como hemos observado antes, dado que la inmunidad de jurisdicción establecida en la LOI es materia de orden público, cabía que se negara el reconocimiento de oficio. Y, como hemos visto, en virtud del art. 27.2º LCJI el Informe de la AJI dependiente del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación solicitó en su dictamen que se acogiera la inmunidad de jurisdicción de la República de Guinea Ecuatorial.

El convenio arbitral que motivó la sustanciación del arbitraje se encontraba en la cláusula 13 del “Acuerdo de Establecimiento” suscrito el 18 de diciembre de 2003 entre el Gobierno de Guinea Ecuatorial y el CBGE, y decía:

“El procedimiento aplicable ante la Junta Arbitral se define en la Normativa de Arbitraje del CCJA de la OHADA, con sede en Abiyán, sin perjuicio de las estipulaciones previstas en la presente cláusula. Este se realizará en francés. La Junta Arbitral se pronunciará en primera y última instancia, como máximo, durante los (dos) meses siguientes a su constitución, dado que las partes renunciarán de forma expresa a cualquier vía de recurso. El laudo dictado por la Junta Arbitral, redactado en francés, se notificará a las partes durante los ocho (8) días siguientes a su pronunciamiento. Poseerá carácter definitivo. Se impondrá a las partes y será de ejecución inmediata.”

A pesar de que la LOI no se encontraba en vigor –por escasos días– en el momento en el que se instó el *execuátur*, no deja de recoger los mismos principios predominantes hasta entonces y vigentes en el Derecho Internacional consuetudinario. CBGE se amparaba en esa falta de vigor por el temor a que el TSJ de Madrid apreciara de oficio la inmunidad de jurisdicción debido a que sostenía el AJI que CBGE es de nacionalidad ecuatoguineana. En cualquier caso, dado que se no producía una alteración de los actos procesales, el TSJ de Madrid considera que la LOI podía ser de aplicación a procedimientos iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la LOI.

El TSJ de Madrid aprecia que nos encontramos ante un arbitraje comercial y aplica la teoría del control para desarticular el Informe del MAEC:

“El arbitraje sustanciado ante la OHADA no fue un arbitraje de inversiones, sino un arbitraje comercial, y es en materia de inversiones donde tradicionalmente se viene limitando el acceso de las partes a un procedimiento arbitral cuando una de las partes es un Estado, y la otra un nacional –persona jurídica– de ese mismo Estado. Y, sin embargo, la limitación tampoco es total, ya que entra en juego la llamada teoría del control, de modo que, si el capital de la persona jurídica es mayoritariamente extranjero, el arbitraje será válido, en cuyo caso, a tenor de la Ley sobre Inmunidades, el Estado tampoco podría hacer valer su inmunidad [...]

Más que utilizar un criterio de determinación de la nacionalidad sostenido en un supuesto muy distinto –el de la protección diplomática–, resulta adecuado extrapolar el empleado en el sector de la protección de las inversiones y que permite la utilización de la teoría del control. pero en el litigio entre CBGE y la República de Guinea Ecuatorial hay datos suficientes que permiten concluir que ambas partes partían de la asunción de que CBGE era una sociedad extranjera por estar sujeta a control camerunés. Si no hubiera sido así, y la República de Guinea hubiera considerado que se enfrentaba a una sociedad guineana, resultaría difícilmente explicable su consentimiento a someterse a un arbitraje fuera de Guinea.”

El TSJ de Madrid parece aludir a la protección diplomática solo como mero indicador de que en el arbitraje, a diferencia de en la protección diplomática, la nacionalidad formal de una sociedad (inscripción registral) no tiene por qué coincidir con su nacionalidad real (control accionarial). Parece sobrevolar de nuevo, al igual que en el supuesto anterior, la *Barcelona Traction*.

Luego el TSJ hace un repaso de los instrumentos internacionales más conocidos relativos a la inmunidad de jurisdicción para concluir que el que resulta de inspiración por recoger el sentir de la comunidad jurídica internacional, por mucho que no esté en vigor, es el Convenio de las Naciones Unidas de 2004 sobre inmunidad de los estados:

“En cuanto a los instrumentos jurídicos internacionales que hacen referencia a las inmunidades, aparte de diversos tratados internacionales que hacen referencia fundamentalmente a inmunidades de ejecución (Convenio de Ginebra de 1958 sobre el mar territorial y la zona contigua; Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, celebrada en Montego Bay en 1982; Convención de Bruselas para la unificación de ciertas reglas relativas a la inmunidad de buques del Estado, de 10 de abril de 1926, y su Protocolo adicional de 1934; la Convención de Chicago sobre aviación civil internacional, de 7 de diciembre de 1944; Convenio de Roma para la unificación de ciertas reglas relativas al embargo preventivo de aeronaves, de 29 de mayo de 1933; Convenio sobre el Estatuto de Fuerzas de la OTAN, de 19 de junio de 1951, y el Convenio hispano-norteamericano relativo a la mutua defensa, de 26 de septiembre de 1953, así como el Convenio sobre cooperación para la defensa entre España y los Estados Unidos, de 1 de diciembre de 1988), pueden citarse el Convenio europeo sobre la

inmunidad de los Estados, celebrado en Basilea el 16 de mayo de 1972, que no ha sido ratificado por España, y el Convenio Interamericano sobre la inmunidad de jurisdicción de los Estados, de 21 de enero de 1983 y, como convenio de carácter multilateral, la Convención de las Naciones Unidas relativa a la inmunidad jurisdiccional de los Estados y sus bienes, que se basa en una revisión del proyecto de artículos aprobado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en 1991, y fue abierto a la firma en Nueva York el 17 de enero de 2005.”

Y parapetándose de nuevo en el art. 17 de este último Convenio, considera que el criterio de nacionalidad es el que debe tomarse en cuenta a efectos de evitar la inmunidad de jurisdicción. Sin embargo, el TSJ de Madrid no tiene en cuenta los arts. 18 y 19 del Convenio de Naciones Unidas que se ocupan de la inmunidad de ejecución —mucho más restrictiva— y no exigen que la otra parte sea extranjera para resultar de aplicación. Basta con que en un convenio arbitral se haya admitido por parte del Estado la posibilidad de adoptar medidas coercitivas contra el mismo para que surta pleno efecto. De ahí que consideremos que aunque el art. 17 hace referencia a un convenio arbitral entre un Estado y una sociedad extranjera, el hecho de que el Estado haya participado activamente en ese arbitraje impide que pueda negar el reconocimiento del Laudo sobre la base de su inmunidad de jurisdicción por mucho que la otra parte sea nacional. Y ello salvo que se haya “falseado” la nacionalidad del demandante y el Estado aceptara someterse a arbitraje por considerar que era una empresa extranjera. Pero la carga de la prueba la tendrá el Estado.

Lo relevante es, pues, el hecho (la aceptación de someterse a arbitraje) y no el sujeto (la nacionalidad). Por esta razón consideremos que la línea restrictiva adoptada en el razonamiento utilizado por el TSJ de Madrid para descartar que resulte relevante la decisión del Estado de someterse a arbitraje no se compadece con el Derecho Internacional consuetudinario:

“Siendo así, para decidir si es aplicable o no la inmunidad de jurisdicción lo determinante es la nacionalidad de la parte de convino con el Estado demandado la sumisión a arbitraje de las controversias derivadas de esa transacción mercantil.

Con carácter previo, debe rechazarse que se haya producido la renuncia a la inmunidad de jurisdicción por el hecho de aceptar el sometimiento a arbitraje en caso de controversia, como recoge el convenio arbitral incluido en el Acuerdo de Establecimiento, o por no haberse personado en estas actuaciones la República de Guinea Ecuatorial. La aceptación del sometimiento a arbitraje implica solamente la sumisión a esta vía alternativa a la judicial para la resolución de los conflictos, pero no condiciona la posible inmunidad que posteriormente pueda invocarse, o apreciarse de oficio, en procesos judiciales que se pudieran iniciar en relación a dicho arbitraje.”

Y es que el propio art. 5, apartado b), considera como renuncia expresa que en un contrato se haya convenido que la jurisdicción española será competente para dilucidar la disputa. Es cierto que el arbitraje no es “jurisdicción”, pero no alcanzamos a comprender qué diferencias existen, pues según este criterio, la República de Guinea Ecuatorial no podría justificar su inmunidad de jurisdicción si hubiera escogido como fuero el español y sí, en cambio, por haberse sometido a arbitraje. Además, a todo arbitraje, ante un incumplimiento voluntario del Laudo, le sigue un reconocimiento y ejecución ante un Estado extranjero, con lo que el art. 5, apartado b) podría incardinarse en esa “jurisdicción” no porque el arbitraje sea un equivalente jurisdicción sino porque tras el

incumplimiento del Laudo el demandante se ve obligado a iniciar un procedimiento de reconocimiento del Laudo, lo que ya sabe de antemano el Estado cuando suscribe el contrato (convenio arbitral).

Si bien, finalmente, el TSJ Madrid concluye que no cabe apreciar de oficio la inmunidad de jurisdicción porque CBGE es una sociedad extranjera:

“Por tanto, excluidos de la inmunidad de jurisdicción los procesos derivados de la sumisión a arbitraje convenida con una persona natural o jurídica nacional de otro Estado de toda controversia relativa a una transacción mercantil, como establece el citado art. 16 de la Ley 16/2015, en procesos relativos al reconocimiento de los efectos de los laudos extranjeros, debe en este caso declararse la jurisdicción de este Tribunal para pronunciarse sobre la demanda aquí formulada.”

Como vemos, aunque el resultado de ambos autos sea preciso, el camino que siguen para desechar la inmunidad de jurisdicción es, a nuestro juicio, criticable y supone una ampliación de la teoría restringida de inmunidad bien sedimentada en nuestra jurisprudencia. Si bien debemos destacar que el TSJ de Madrid se opusiera al Informe del AJI y la relevancia de que luego se despachara ejecución sobre un avión Boeing 777 que se encontraba en el Aeropuerto de Barajas, perteneciente a Ceiba Intercontinental, compañía aérea participada al 100% por la República de Guinea.

Aunque la ejecución sobre este bien concreto es más cuestionable por el hecho de que no se trata de un bien propio de la República de Guinea sino de un bien perteneciente a una compañía participada al 100% por la República de Guinea, lo cierto es que las actuaciones judiciales favorecedoras al reconocimiento y ejecución de Laudos contra Estados es un buen síntoma de la salud jurídica española y, en particular, de su independencia respecto del poder ejecutivo. Máxime cuando ya se había instado la ejecución del Laudo en Francia, Reino Unido o Bélgica³⁹⁴. Además, como hemos dejado en el encabezado, se instó la demanda no solo contra la República de Guinea Ecuatorial, sino que además se incluyó “todas sus administraciones, departamentos, organismos, entidades estatales y sociedades participadas al 100% por capital público y, en particular, la sociedad Ceiba Intercontinental S.A.” lo que facilitaba la ejecución sobre Ceiba Intercontinental.

Esta extensión de la ejecución sobre Ceiba Intercontinental puede topar con un obstáculo interpretativo como es el art. 2 de la Convención de Naciones Unidas de 2004 al definir que se entiende por Estado³⁹⁵ y no incluir las sociedades participadas al 100% por éste. Esta Convención ha servido de referencia –aunque no esté en vigor– para acotar la inmunidad de jurisdicción y ejecución de los Estados, por lo que al definir Estado no sería de extrañar que los Tribunales descartaran la extensión de este concepto sobre aquellas sociedades estatales participadas por el Estado. La cara contraria de la moneda la encontramos en el art. 10.3º de la Convención donde se recoge que el Estado no puede

³⁹⁴ E. Linares Rodríguez “Primera ejecución en España de un laudo OHADA...”, *op. cit.*

³⁹⁵ i) el Estado y sus diversos órganos de gobierno; ii) los elementos constitutivos de un Estado federal o las subdivisiones políticas del Estado, que estén facultados para realizar actos en el ejercicio de la autoridad soberana y actúen en tal carácter; iii) los organismos o instituciones del Estado u otras entidades, en la medida en que estén facultados para realizar y realicen efectivamente actos en ejercicio de la autoridad soberana del Estado; iv) los representantes del Estado cuando actúen en tal carácter

alegar la inmunidad de jurisdicción cuando participó en transacciones mercantiles, si bien se exceptúa el supuesto donde quien haya concluido la transacción mercantil sea una sociedad estatal, en cuyo caso el Estado tendrá capacidad para alegar su inmunidad de jurisdicción³⁹⁶.

A estos efectos, recordemos que el art. 17 de la LOI exige el requisito del vínculo o nexo del bien con el Estado. Este requisito fue objeto de una enmienda por parte de Grupo Parlamentario de IU, ICV-EUiA, CHA (“La Izquierda Plural”) el 18 de septiembre de 2015³⁹⁷ que exigió que se eliminara para cohonestarse con el Convenio de Naciones Unidas de 2004 y con la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional (utiliza como referencia la STC 292/1994); sin embargo, el texto se mantuvo incólume.

Desde luego que no parece acertada la redacción del art. 16 sobre la renuncia tácita en caso de existir un convenio arbitral. Como ejemplo de lo que sucede en Derecho Internacional, el caso *Gold Reserve c. Venezuela*³⁹⁸ da buena muestra de que el sometimiento a arbitraje –en este caso, ante la existencia de un APPRI– supone una renuncia a la inmunidad de jurisdicción. Así concluyó la High Court of Justice Queen’s Bench Division Commercial Court en resolución de 2 de febrero de 2016:

49. *I have therefore concluded, in agreement with the arbitral tribunal, that GRI was an investor within the meaning of the BIT and therefore party to an agreement in writing with Venezuela to arbitrate its claim against Venezuela.*

50. *This conclusion appears to me to be consistent with the object and purpose of the BIT. The preamble records that the promotion and protection of investments of investors of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party will be conducive to the stimulation of business initiative and to the development of economic cooperation between them. Concluding that GRI’s contribution of US\$300 million to the Brisas Project in Venezuela enables it to qualify as an investor will serve to promote investment in Venezuela by Canadian enterprises. The investment of US\$300 million by a Canadian enterprise in a Venezuelan mining project which it owns or controls indirectly is surely the very sort of investment which the BIT was designed to encourage.*

51. *It follows that Venezuela has lost its right to rely upon state immunity in these proceedings.*

En este caso, tras iniciarse la ejecución del Laudo en múltiples estados –sujetos, como no, a la *lex fori executionis*– Gold Reserve y Venezuela transaron la disputa. Lo que demuestra la utilidad de seguir una estrategia de presión en diferentes Estados desarrollados para lograr el cobro de la condena.

El ejemplo de Guinea muestra (i) la falta de uniformidad en asuntos tan peliagudos como la inmunidad de jurisdicción y ejecución que comprometen las relaciones

³⁹⁶ Este artículo dio lugar a que en los Anexos de la Convención se explicara que si la sociedad estatal quiebra o reduce sus activos se permitiría el levantamiento del velo societario para hacer responsable al Estado. Pero no se contempla el supuesto inverso en el que sea el Estado el que resulte condenado y se permita para satisfacer al demandante embargar activos de las sociedades estatales. Y los supuestos en los que ha ocurrido son excepcionales. No son la norma. El Anexo decía así: “El párrafo 3 del art. 10 no prejuzga la cuestión del “levantamiento del velo de la persona jurídica”, las cuestiones relativas a una situación en que una entidad estatal haya hecho deliberadamente una exposición falsa de su situación financiera o haya ulteriormente reducido su activo para evitar el p.o de una deuda, ni otras cuestiones conexas”.

³⁹⁷ *Vid. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, de 18 de septiembre de 2015.

³⁹⁸ *Gold Reserve Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/09/1

interestatales de España y (ii) el retorno a una cuestión que parecía resuelta: la posibilidad de ejecutar bienes referidos a actos *iure gestionis*. El creciente desarrollo de los mercados internacionales y la aproximación de los ciudadanos a la contratación con el Estado, gracias, entre otras cosas, a las nuevas tecnologías, ha desembocado en que se haya aceptado que algunos bienes tan solemnes y desde luego de *iure imperii*, como la Deuda Pública, puedan ser materia arbitrable. Así, el art. 98.3 LGP determina que:

“... las operaciones relativas a la Deuda del Estado se realizarán en los mercados financieros conforme a las normas, reglas, técnicas, condiciones y cláusulas usuales en tales mercados, pudiendo acordar el sometimiento a arbitraje o la remisión a una legislación o tribunales extranjeros, siempre que se observe lo dispuesto en el art. 23 de esta ley.”

3. Posibilidad de ejecutar el laudo arbitral en el Estado donde obren los activos del Estado perdedor del litigio

Surge así una moderna protección diplomática de doble alcance: imaginemos que un Estado tras haber renunciado a su inmunidad, no cumple con el contenido del laudo y la parte vencedora pretende ejecutar el meritado laudo en otro Estado donde obren activos del Estado vencido. Probablemente el Estado al que se pretenda ejecutar sus bienes inicie conversaciones diplomáticas a través del Jefe de Misión u otro representante con ese tercer Estado para evitar que se embarguen esos bienes. Es posible que esos bienes que se pretendan embargar estén protegidos por algún tipo de inmunidad vía tratado internacional (como los bienes de los agentes diplomáticos)³⁹⁹, en cuyo caso serían inejecutables. Pero también es posible que no gozaran de inmunidad, lo que podría desembocar en que los jueces del tercer Estado, a los que se presume independientes, eludiendo la protección diplomática dispensada, aplicaran la ley correspondiente que determine el embargo de los bienes del Estado incumplidor hasta cubrir de forma suficiente el contenido del laudo⁴⁰⁰.

Por otro lado, se encuentra la postura del inversionista extranjero, en ocasiones de talante poderoso que podrá solicitar a su Estado que proteja sus intereses frente al Estado receptor de la inversión por haber éste incumplido el laudo. Es más, esta protección incluso puede solicitarse con carácter previo a un litigio, en cuanto el Estado receptor de la inversión atente frente a los intereses de la compañía, como pudiera ser la expropiación de sus activos⁴⁰¹. Nadie puede evitar pensar en el reciente conflicto surgido a raíz de la expropiación de YPF, en el que el Reino de España, e incluso la UE⁴⁰², iniciaron una ofensiva diplomática para proteger, en el fondo, a los

³⁹⁹ Convenio Sobre Relaciones Diplomáticas Firmado en Viena el 18 de Abril de 1961 publicado en el BOE 24.I.1968 que define también en su art. 1 qué se entiende por Jefe de Misión.

⁴⁰⁰ B.M. Cremades, “Los Estados y las Empresas Públicas...”, *loc. cit.*, p. 1076 y ss.

⁴⁰¹ En el caso de *Repsol* por la conocida expropiación de YPF por parte de Argentina, el Ministro Manuel Margallo afirmó: “un ataque a Repsol se considerará un ataque a España”. Consultable en: <http://www.diariosur.es/rc/20120413/economia/embajador-argentina-llega-exteriores-201204131352.html>.

⁴⁰² Consultable en: <http://www.expansion.com/2012/04/13/empresas/energia/1334306688.html>.

inversionistas de una compañía privada, lo que suscitó algunas críticas por entender que se trataba de un conflicto privado que dispone de sus propios mecanismos de reclamación⁴⁰³. O también Donald Trump calificando como “enemigo” a la UE con motivo de las sanciones a Apple y Google⁴⁰⁴. Como vemos, en muchas ocasiones se difumina la separación entre lo privado y lo público.

En el ámbito del arbitraje de inversiones, uno de los asuntos iniciales que trató esta disyuntiva fue el caso *Metalclad*⁴⁰⁵ (aunque sin la claridad de *Tecmed*⁴⁰⁶), la concesión de una licencia por la autoridad administrativa que decía ser competente y luego resultó no serlo. Volveremos sobre ello.

En el caso de las inversiones extranjeras, normalmente la cuestión sometida al principio de confianza legítima versa sobre la visión negativa del principio de legalidad: capacidad de resistencia del inversor frente a bruscos cambios que pretenden trastornar lo que la norma y su consecuente acto administrativo, configuró previamente. Se planteará así si la confianza directa que el Estado generó en el inversor, es susceptible de generar Derechos a favor de este último en caso de que se modifique el marco normativo y en qué medida cabe resistir, tener “resiliencia” si se nos permite usar el término de moda, frente a las intemperancias de la Administración.

No se trata ahora de ir más allá de la norma, en un conflicto entre la apariencia y la norma, sino si lo que la norma atribuyó directamente es un conjunto de derechos o intereses legítimos que luego pretende modificar *in pejus* del beneficiado por dicha regla de Derecho. Aquí el juego interpretativo no exige conocer exactamente la actitud del administrado que resultó beneficiado por la norma, ya que se da por supuesto que entendía perfectamente que se le atribuía un acto favorable y que todos los destinatarios posibles de la norma entienden bien lo que la legalidad ofrecía y por cuya razón fueron atraídos por las reglas contenidas en dicha norma.

Aquí, pues, más bien, de lo que se trata es de si la estabilidad normativa, establecida en la norma que se interrumpe bruscamente por otra norma ulterior, tiene la ultraactividad que permite prolongar su vigencia frente a esta última; si aquella norma, supuestamente sustituida por el Estado por otra posterior, tiene vitalidad para que se ejecuten los mandatos que estableció incluso en los tiempos de vigencia de la nueva norma; en suma, una superposición de vigencias normativas que consolidan en el tiempo –por razones de competencia y función de cada norma sucesiva una de otra– la posibilidad de continuidad de las legítimas creaciones de la norma ahora sustituida. Creaciones que en un *iter* normativo de formación sucesiva van aconteciendo en el tiempo en que, otra norma o acto posterior, incluso contraria a los postulados de la anterior, está rigiendo esa situación que la norma derogada (pero en reviviscencia ahora por obra de la exigencia de sus destinatarios) creó en forma claramente contraria a la que ahora rige las nuevas situaciones; nuevas situaciones que se tendrán que

⁴⁰³ Consultable en <http://www.europapress.es/nacional/noticia-repsol-iu-icv-critica-gobierno-confunda-intereses-espanoles-repsol-20120417130531.html>

⁴⁰⁴ Consultable en https://elpais.com/economia/2018/07/19/actualidad/1532008248_731276.html

⁴⁰⁵ *Metalclad Corporation c. The United Mexican States*, CIADI Caso No. ARB(AF)/97/1

⁴⁰⁶ *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2

acomodar naturalmente y sin esfuerzo a esa norma nueva y posterior a la antigua, pero que son situaciones claramente distintas de las regidas por la norma anterior y que ahora por retroactividad quiere la nueva norma también aplicarse a ellas.

No se trata, como en la Edad Media, de “revivir un cadáver para juzgarlo”, sino que los efectos de la norma derogada (o acto revocado) eran, y son o al menos quieren continuar siendo, claros en la generación de situaciones en la que los destinatarios confiaron y lógicamente, cualquier persona racional tendría que confiar porque la norma era perfectamente inteligible y establecía con claridad los supuestos de hecho y las consecuencias jurídicas⁴⁰⁷. Efectos de aquella norma o acto que tienen un contenido económico o personal, integrado ya desde aquel momento primigenio de la primera norma o acto administrativo, en el patrimonio del sujeto afectado por la desconfianza que le muestra la nueva norma o acto.

Es decir, cuando la norma ulterior de forma abrupta y determinada, (o la revocación de un acto administrativo favorable) quiere malograr lo que la norma anterior (o en su caso, el acto administrativo no normativo) había concebido y otorgado, se plantea si el administrado está compelido a aceptar esa ablación de los “derechos en construcción” nacidos o germinados por dicho acto. O si, por el contrario, hay reviviscencia de la norma o acto que se ha pretendido eliminar y que a través de dicha prolongación—que no resurrección, puesto que, a estos efectos, la norma derogada o el acto abatido nunca murieron ya que eran competentes para realizar las atribuciones de derechos e intereses que ahora se defienden frente a la nueva regulación—impide acabar con los derechos que otorgaron, pese a la pretendida muerte aparente de dicha norma o de dicho acto, ordenados ejecutar y extinguirse por la norma posterior, que pretende reinar con plenitud, todo el tiempo ulterior a la derogación que ha efectuado de la norma o acto cuyos efectos proyecta extinguir.

Así pues, el espíritu de la norma, de la Ley, o del acto, y la confianza legítima que genera, hay que buscarlo en lo que programa y planifica, en la modificación que busca, en la transformación que verdaderamente desea realizar. Y ello unas veces se encontrará atendiendo a una juridicidad superior a la mera legalidad y, en otras ocasiones, manteniéndose *ad pedem litterae* para lograr el objetivo propuesto en la interpretación

⁴⁰⁷ L.M. Díez-Picazo Giménez (actualmente Presidente de la Sala 3ª del Tribunal Supremo), *La derogación de las leyes*, Prólogo de F. Rubio Llorente. Civitas, Madrid, 1990. pp 149. No creemos que se trate de un caso de invalidez sobrevenida, como sostuvo H. Kelsen, «Derogation», en *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, Bob Merrill Co., New York, 1962. pp 339 – 355, luego reproducido en «Derogation», en *Essays in Legal and Moral Philosophy*, selección e introducción de O. Weinberger, Ed. Reidel, Dordrecht, 1973, pp. 261 y ss. ; antes, no obstante, en *Teoría Pura del Derecho*, consideraba que era un juego lógico entre dos normas, anterior y posterior, expresión del orden jerárquico del Derecho. Eudeba, Universidad de Buenos Aires, traducción de Moisés Nilve, Edición de octubre de 1960 que corresponde a la 4ª edición, 9ª reimpresión en abril de 2009, sobre la base de la edición francesa, Edition de la Baconniere, Neuchatel, Suisse Título de la edición francesa: *Theorie pure du droit, Introduction a la science du droit*, que aumentaba y corregía su versión inicial alemana firmada en Ginebra en mayo de 1934. Últimamente, con provecho, puede leerse el documentado trabajo de T. Cano Campos “Leyes viejas y reforma CE: inconstitucionalidad sobrevenida, derogación y modelo de control”. Coordinador, J.Mª Baño León. *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2016. pp 621 – 66.

estricta de la norma y del acto que la ejecute. Y del análisis de la finalidad de la norma o del acto, contrastándolo con el objetivo inducido al sujeto particular que creyó en ellos, podrá comenzarse a obtener las primeras conclusiones sobre el alcance, la extensión y los límites con los que opera tal principio.

Un gran problema que cada vez se acentúa más y con el que se encuentran los inversores y contratantes con el Estado a la hora de someter sus diferencias a arbitraje, es la inmunidad del Estado en su doble vertiente: inmunidad de jurisdicción e inmunidad ejecución, ambas articuladas sobre el viejo aforismo *par in parem non habet imperium*⁴⁰⁸.

La inmunidad de jurisdicción supone la imposibilidad de enjuiciar a un Estado ante los tribunales de otros países⁴⁰⁹ o arbitrales⁴¹⁰. Esta inmunidad de jurisdicción se extiende a las personas jurídico-públicas que componen la galaxia administrativa. Por su parte, la inmunidad de ejecución implica que a un Estado no se le puede hacer cumplir una condena extranjera. Esta inmunidad es más absoluta que la inmunidad de jurisdicción. Así, la inmunidad de jurisdicción se ve matizada por la distinción entre (i) aquellos actos en los que el Estado actúa en su condición de Estado *–iure imperii–* con todos los privilegios legales que le acompañan y (ii) aquellos en los que el Estado ha acudido al mercado internacional como un particular más *–iure gestionis–* en los que el Estado no debería utilizar sus prerrogativas por no haber actuado en su condición de autoridad.

Los actos *iure gestionis* deben excluirse de la protección de inmunidad que se dispensaba antiguamente al Estado del sometimiento a arbitraje. Esto se ha conocido como la teoría de la inmunidad restringida –creación de tribunales belgas e italianos– que implica la posibilidad de enjuiciar al Estado y a las Administraciones Públicas cuando

⁴⁰⁸ Aceptada universalmente en Derecho Internacional, *vid* J. Law y E.A. Martin. *A Dictionary of Law* (7 ed.) Oxford University Press. Published online: 2009. Current Online Version: 2014

⁴⁰⁹ J.A. Carrillo Salcedo, *Curso de derecho internacional público*, Madrid, Tecnos, pp. 53–62. J. Montero Aroca y C. Esplugues Mota “Materias objeto de Arbitraje”, en S. Barona Vilar (coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, 2ª ed., Thomson–Reuters Civitas, Navarra, 2011, p. 158.

⁴¹⁰ No obstante, se deja al margen de esta inmunidad las responsabilidades que se puedan derivar frente a un Estado que infrinja sus obligaciones internacionales o sea llevado ante tribunales establecidos en tratados Internacionales de los que forme parte. O. Casanovas i La Rosa, “La inmunidad del Estado”, en M. Díez de Velasco (coord.), *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 14ª ed., Tecnos, Madrid, 2003, p. 284 y 286. Es de interés la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Civil y Penal, Sección1ª) que indica, aplicando el Convenio de Nueva York de 1958 directamente: “El sistema de homologación que establece el Convenio claramente parte de una presunción de eficacia y validez de la cláusula arbitral y de la ejecutoriedad de la resolución arbitral. En efecto, aunque el mencionado Convenio no opera un sistema de reconocimiento automático, sí parte de un principio favorable a dicho reconocimiento y ejecución, e inclusive doctrinalmente se ha indicado que instaura un sistema de homologación cuya piedra angular se encuentra en la presunción de la regularidad, validez y eficacia del acuerdo de arbitraje, y también en la presunción de la regularidad y eficacia de la Sentencia arbitral, que solamente cede cuando se pruebe la concurrencia de las causas tasadas que para la denegación del reconocimiento se establecen en la Convención, pero desplazando hacia la parte frente a la que se pretende hacer valer la eficacia del laudo la carga de justificar la concurrencia del motivo o motivos que lo pudieran impedir.

Así, el Convenio sujeta la obtención del executur a la verificación del cumplimiento de los requisitos formales impuestos por el art. IV, al carácter arbitrable de la controversia (art. V.2º.a), y al respeto al orden público (art. V.2º.b) que deben ser examinados de oficio–, desplazando hacia la oponente la prueba de los motivos de oposición que, de forma taxativa, establece el art. V.1º.CNY “.

actúen como un mero particular—privado más en el comercio internacional. De esta forma los particulares no se verían afectados por decisiones posteriores que adopte unilateralmente el Estado en cuestión para evitar el sometimiento a arbitraje.

En la legislación española, las inmunidades de los Estados se regulan en el art. 21.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en lo sucesivo, “LOPJ”),

“1. Los Tribunales civiles españoles conocerán de las pretensiones que se susciten en territorio español con arreglo a lo establecido en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte, en las normas de la Unión Europea y en las leyes españolas.

2. No obstante, no conocerán de las pretensiones formuladas respecto de sujetos o bienes que gocen de inmunidad de jurisdicción y de ejecución de conformidad con la legislación española y las normas de Derecho Internacional Público (Redacción de este art. Vigente desde el 17 noviembre 2015. Disposición final tercera. Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre Inmunidad Diplomática. Privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España”.

Estas inmunidades acarrear un conflicto cuando los Estados participan en el comercio internacional. Pues de aplicarse extensivamente podrían suponer la inutilidad de los pactos de jurisdicción o convenios arbitrales suscritos entre un contratante con el Estado. Así, aunque se haya incorporado un convenio arbitral a un contrato suscrito por un particular con una entidad participada por el Estado (o con el propio Estado), surgida una controversia entre las partes, los Estados y las Administraciones Públicas ponen en entredicho la virtualidad de la cláusula compromisoria o, más bien, emplearlas para impedir la ejecución de su patrimonio una vez dictado un Laudo en contra. El Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio CIADI, disponía:

“43. La doctrina de la inmunidad del Estado puede impedir en un Estado la ejecución forzosa de Sentencias obtenidas contra Estados extranjeros o contra el Estado en el cual se insta la ejecución. El Art. 54 dispone que los Estados Contratantes deberán dar al laudo que se dicte conforme al convenio el mismo valor que tienen las Sentencias firmes de sus propios tribunales. No les exige que traspasen esos límites y se comprometan a la ejecución forzosa de laudos dictados conforme al convenio en los casos en que las Sentencias firmes no pudieran ejecutarse.

A fin de no dejar lugar a dudas sobre este punto, el Art. 55 dispone que nada de lo dicho en el Art. 54 se interpretará como derogatorio de las leyes vigentes en los Estados Contratantes relativas a la inmunidad en materia de ejecución contra dicho Estado u otro Estado extranjero.

Si el Estado quiere discutir la validez de un convenio arbitral, desde luego es más lícito que lo haga al principio; nada más conocer la demanda interpuesta por el particular. Al menos resulta coherente si considera que, en efecto, un determinado convenio arbitral no le alcanza por resultar de aplicación la inmunidad de jurisdicción. Sin embargo, en ocasiones, las alegaciones de falta de competencia por razón de la inmunidad se vierten una vez se ha dictado un laudo adverso, accionando la nulidad de este ante una instancia nacional por causas de inmunidad de jurisdicción o ejecución o causas de orden público. Lo cual debe ser rechazado de inmediato por la falta de seguridad jurídica que genera y que, a la larga, influye en la percepción de riesgo que los inversores tienen en ese país; con lo que el Estado infractor que no cumple con un laudo o que intenta

anularlo, se debería ver perjudicado por el menor interés que presenta para el orbe inversor al incrementar la inseguridad jurídica y, por tanto, el riesgo de la inversión.

4. El asunto Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. República de Chile, primer Laudo CIADI ejecutado en España

Reviste especial importancia el asunto *Víctor Pey c. República de Chile* porque precisamente fue el primer Laudo CIADI ejecutado en España⁴¹¹. El Juzgado de Primera Instancia nº 101 dictó Auto y Decreto de despacho de ejecución el 6 de marzo de 2013 por importe de 3.045.579,35 \$ USA en concepto de principal, más 783.584,30\$ USA de intereses ordinarios y moratorios vencidos, más otros 1.146.467 \$ USA euros que se fijan provisionalmente en concepto de intereses. El Juzgado, de considerarse incompetente por la inmunidad de ejecución *ex art.* 36 LEC debió indicarlo. No obstante –aunque sin desarrollarlo– concluyó que examinada la jurisdicción era competente para conocer del caso y se decretó el embargo de los bienes de la República de Chile en los siguientes términos:

“Requerir al/los ejecutado/s, República de Chile, a fin de que, en el plazo de diez años, manifieste/n relacionadamente bienes y derechos suficientes para cubrir la cuantía de la ejecución, con expresión, en su caso, de las cargas y gravámenes, así como, en el caso de inmuebles, si están ocupados, por qué personas y con qué título, bajo apercibimiento que, en caso de no verificarlo, podrá ser sancionado, cuando menos, por desobediencia grave, en caso de que no presente la relación de sus bienes, incluya en ella bienes que no sean suyos, excluya bienes propios susceptibles de embargo o no desvele las cargas y gravámenes que sobre ellos pesaren, y podrán imponérsele también multas coercitivas periódicas.

El embargo de los bienes propiedad designados por la ejecutante, en concreto:

- a) Embargo de las cantidades que corresponden a la República de Chile en concepto de devolución del IVA.
- b) El embargo de fondos o créditos que el Instituto de Crédito oficial tenga pendientes a favor del Estado de Chile.
- c) El embargo del saldo existente de la Balanza de pagos a favor de la demandada, librándose al efecto los despachos necesarios para su efectividad.”

Es más, el 4 de julio de 2013 desestimó la oposición a la ejecución formulada por la República de Chile con expresa imposición de costas –sin embargo, entre los argumentos esgrimidos por la República de Chile no se encontraba el de la inmunidad de ejecución.

Y eso que incluso en el ámbito del procedimiento CIADI el Tribunal arbitral recomendó:

⁴¹¹ J.A. Rueda García, “Primera ejecución forzosa conocida de un laudo arbitral CIADI en España (*Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. República de Chile*): sin execuatur”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol VI, nº 1, 2014.

“a las Demandantes que suspendan los procedimientos de ejecución pendientes ante el Tribunal de Primera Instancia No. 101 de Madrid hasta que el Comité emita una decisión sobre la Solicitud de Decisión Suplementaria.”⁴¹²

Este procedimiento tiene especial relevancia tanto porque es el primer Laudo CIADI ejecutado en España, como por la beligerante disputa que ha tenido lugar entre Víctor Pey y la República de Chile. Además, muestra el embrionario estado de las disputas CIADI a principios de la década pasada, pues con posterioridad a que Víctor Pey solicitara el inicio del arbitraje ante el CIADI, España y la República de Chile se reunieron con el fin de interpretar el APPRI suscritos entre ambos países el 2 de octubre de 1991⁴¹³.

Esta reunión dio lugar al Acta de 1 de octubre de 1998 de la reunión celebrada en el Ministerio de Asuntos Exteriores los días 29 y 30 de septiembre de 1998 entre los representantes del Reino de España y de la República de Chile para precisar el sentido y alcance de algunas disposiciones del APPRI. Este Acta fue recurrida por Víctor Pey y dio lugar a:

i) Sentencia de la Audiencia Nacional de 23 febrero 2000⁴¹⁴ (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) que resuelve el recurso interpuesto por Víctor Pey mediante el que solicitó la anulación del Acta y subsidiariamente su inaplicación en la controversia CIADI:

Inadmisión por falta de jurisdicción al no tratarse de un acto administrativo:

“Téngase en cuenta que dicha Acta no es sino el reflejo de una reunión mantenida por las Autoridades de dos países y el contenido de lo acordado no se somete al Derecho administrativo sino que está guiado por otros parámetros completamente distintos y se trata de una simple aplicación del art. 9,1 del Acuerdo para la Protección y Fomento Recíproco de Inversiones celebrado entre España y Chile y que las controversias o problemas interpretativos que surjan se solventarán, en la medida de lo posible, por los Gobiernos de las dos partes”.

Inadmisión por ser un acto no susceptible de impugnación *ex art. 69*, apartado c, LJCA:

“... hay que referirse a la concurrencia de la causa de inadmisibilidad que resulta del art. 69,c de la Ley 29/1998 en relación con el art. 25 de la misma Ley y ello por haberse recurrido actos no susceptibles de impugnación pues, si bien el Acta de 1 de octubre de 1998 no está sometida a la jurisdicción contenciosa, la comunicación remitida con fecha 12 de abril de 1999 no es tampoco ninguna clase de acto administrativo”.

⁴¹² *Víctor Pey Casado c. República de Chile*, Caso CIADI no. ARB/98/2, Decisión sobre la solicitud de la República de Chile de suspensión de ejecución de las partes no anuladas del laudo de 16 de mayo de 2013.

⁴¹³ En vigor para España desde el 29 de marzo de 1994.

⁴¹⁴ JUR/2000/115495.

ii) Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo contencioso-administrativo, de 27 enero 2004⁴¹⁵ por el que se inadmite el recurso de casación formulado por Víctor Pey y la Fundación Allende:

“Pues en efecto, el acta de 1 de octubre de 1998, que es realmente el acto impugnado, no es susceptible de impugnación ante esta Jurisdicción, pues se trata, como de su contenido se advierte, de unas conversaciones entre las autoridades españolas y chilenas, sobre el contenido del acuerdo (RCL 1994, 825) sobre protección y fomento recíproco de inversiones entre el Reino de España y la República de Chile , en las que de acuerdo con el art. 31 de la Convención de Viena sobre derecho de los Tratados (RCL 1980, 1295) , y sin alterar el contenido del mismo se hacen algunas precisiones muy puntuales sobre los externos del mismo y el art. 31,3ª, establece como instrumento de interpretación de los Tratados todo acuerdo ulterior entre las partes acerca del Tratado o de la aplicación de sus disposiciones, y el art. 9,1 del acuerdo refiere que cualquier controversia entre las partes referente a la interpretación o aplicación del presente Convenio será resuelta hasta donde sea posible, por el Gobierno de las dos partes.”

El razonamiento empleado por ambas Sentencias es acertado. No se trataba de un acto administrativo sino de un Acta que recogía el contenido de una reunión y que había sido comunicada a Víctor Pey por su interés. Tampoco tenía jurisdicción la Audiencia Nacional para determinar que el tribunal arbitral CIADI apreciara o no el contenido de ese Acta, que podía ser interpretada libremente –o desechada– por el propio tribunal arbitral. El tribunal arbitral rechazó tenerlas en consideración por haberse mantenido las reuniones con posterioridad al inicio del arbitraje:

En efecto, la iniciativa de la Demandada destinada a organizar un encuentro entre los representantes de los dos Estados partes en el Acuerdo a fin de llegar a un entendimiento sobre la interpretación de algunos de sus términos, tuvo lugar después de la presentación de la Solicitud de arbitraje (3 de noviembre de 1997) y de su registro (20 de abril de 1998). Este acto es incompatible con lo dispuesto en el art. 10.6 del APPI, que impone a los Estados partes abstenerse “de tratar, a través de los canales diplomáticos, argumentos concernientes al arbitraje o a un proceso judicial en marcha hasta que los procedimientos correspondientes hubieran sido concluidos”. Resulta evidente que la interpretación del preámbulo y del art. 1.2 del APPI cae bajo la categoría de “argumentos concernientes al arbitraje” tratados después del inicio del procedimiento. Por consiguiente, el Tribunal no tomará en consideración la interpretación que figura en el acta objeto de controversia, sin que ello implique prejuzgar el fundamento de dicha interpretación.⁴¹⁶

Como vemos, pues, en este caso se dio todo un juego combinado de resoluciones que “acabó”⁴¹⁷ con la ejecución del Laudo en Madrid.

⁴¹⁵ RJ 2004\249.

⁴¹⁶ Caso CIADI N ° ARB/98/2, *Víctor Pey Casado c. República de Chile*, Laudo de 8 de mayo de 2008, , ap. 377.

⁴¹⁷ En realidad el procedimiento no ha terminado pues hubo una anulación parcial del Laudo a la que siguió un segundo procedimiento CIADI desestimado mediante Laudo de 13 de septiembre de 2016. Tristemente, el señor Víctor Pey Casado falleció sin que se hubiera solucionado aún la disputa.

CAPÍTULO IV
CONDICIONAMIENTOS DE LA UNIÓN EUROPEA

I. Los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones en la UE

1. Antecedentes en torno a la validez de los APPRIs suscritos por los Estados miembros

La primera vez que la Comisión Europea puso en tela de juicio la validez de los APPRIs suscritos por Estados Miembros fue en los asuntos C-205/2006 (*Comisión/Austria*), C-249/2006 (*Comisión/Suecia*) y C-118/2007 (*Comisión/Finlandia*)⁴¹⁸ donde se discutió la eficacia de los APPRIs suscritos por estos Estados por la infracción del art. 307 TCE – actual 351 TFUE– sobre la libre transferencia de capitales. Tomando como referencia el caso de Finlandia, por ejemplo, la Comisión recurrió ante el TJUE debido a que entendía que seis APPRIs convenidos por Finlandia, antes de su adhesión a la UE, infringían el acervo comunitario⁴¹⁹.

La República de Finlandia y los miembros coadyuvantes que acudieron defendiendo la postura del demandado, argumentaron que al no haber adoptado el Consejo ninguna medida restrictiva frente a los seis países con los que Finlandia tenía suscritos APPRIs, la ilicitud era, en todo caso, hipotética. Y que cualquier medida restrictiva que determinara el Consejo sería de aplicación inmediata al pasar a formar parte también de la legislación finlandesa esa norma comunitaria. Por su parte, la Comisión esgrimió que al no mantener los APPRIs ninguna limitación a la posible adopción por el Consejo de medidas restrictivas, de salvaguardia o urgentes frente a esos Terceros Estados, de conformidad con los arts. 57, 59 y 60 TCE, la vulneración ya se había producido.

El fallo se fundamenta precisamente, en la falta de mecanismos en los APPRIs controvertidos que observaran y permitieran la intervención inmediata del Consejo en caso de que fuera necesario⁴²⁰, para concluir que el Derecho comunitario se veía infringido en el APPRI entre la República de Finlandia y la Federación rusa. Idéntica conclusión se alcanzó respecto al resto de APPRIs por motivos similares.

En relación con la validez de los APPRIs es cierto que ya existieron otras vicisitudes previas que se plasmaron, entre otros, en el *Understanding Concerning Certain U.S. Bilateral Investment Agreement*, suscrito entre EE.UU., la Comisión y ocho países candidatos el 22 de septiembre de 2003, en el que se ponía de manifiesto la posible incompatibilidad del acervo comunitario con los APPRIs suscritos por los países candidatos a formar parte de la Unión con EE.UU., para lo que se expresó la voluntad de las partes de la siguiente forma: “*Therefore, the Participants wish to express their intent to seek compatibility between the Acceding and Candidate Countries’ obligations that arise from membership in the EU, and thereafter under EU law, and their obligations arising from their BITs with the U.S.*”.

Los recursos de la Comisión y estos avatares previos, anteriores todos a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, aunque controvertidos, no condujeron a una colisión entre la comunidad arbitral y los eurócratas, dado que la vigencia de los APPRIs no se veía comprometida, sino únicamente la adaptación de algunos APPRIs a la posible intercesión de la

⁴¹⁸ SSTJUE de 3 de septiembre de 2009, *Comisión c. Austria*, C-205/06; o de 19 de noviembre de 2009, *Comisión c. Finlandia*, C-118/2007.

⁴¹⁹ APPRIs suscritos con la Federación Rusa, la República de Bielorrusia, la República Popular de China, Malasia, la República Socialista Democrática de Sri Lanka y la República de Uzbekistán.

⁴²⁰ Párrafo 32.

UE en materia de libre movimiento de capitales. De hecho la posible *discriminación* entre Estados Miembros fue una alegación efectuada por las partes coadyuvantes –Alemania y Hungría– en el caso de la *Comisión contra Finlandia*, según la cual el resto de los Estados Miembros se encontraría en una situación más privilegiada que Finlandia al no ver comprometida la vigencia de sus APPRIs, siendo rechazada de plano por el Tribunal aunque no con la contundencia necesaria⁴²¹. Las conclusiones de la Abogado General, Eleanor Sharpston, se inclinaban en idéntico sentido al del fallo⁴²². El panorama verdaderamente cambió con la promulgación del Tratado de Lisboa⁴²³, que adjudicaba nuevas competencias a los organismos europeos.

2. Consecuencias del Tratado de Lisboa

A) Las inversiones extranjeras directas en el ámbito de las competencias exclusivas de la UE

A partir de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el 1 de diciembre de 2009, la PCC se incluyó dentro de las competencias exclusivas de la UE y, además se incardinaron las inversiones extranjeras directas (IED)⁴²⁴ dentro de esta PCC⁴²⁵. A partir de ese instante,

⁴²¹ La Sentencia razona que un Estado miembro no puede justificar el incumplimiento del acervo comunitario mediante la alegación de que otros Estados miembros estarían incumpliendo también sus obligaciones comunitarias. Veámoslo: 48 *En primer lugar, procede señalar que un Estado miembro no puede justificar el incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado alegando que otros Estados miembros también han incumplido o incumplen sus obligaciones. En efecto, en el ordenamiento jurídico establecido por el Tratado, la aplicación del Derecho comunitario por los Estados miembros no puede someterse a una condición de reciprocidad. Los arts. 226 CE y 227 CE establecen las vías de recurso apropiadas para hacer frente a los incumplimientos, por los Estados miembros, de las obligaciones derivadas del Tratado (véanse las Sentencias del Tribunal de Justicia de 11 de enero de 1990, Blanguernon, C-38/89, Rec. p. I-83, apartado 7, y de 29 de marzo de 2001, Portugal/Comisión, C-163/99, Rec. p. I-2613, apartado 22).*

49. *En segundo lugar, en cuanto a la alegación de que estimar el recurso de la Comisión implicaría conceder al art. 307 CE, párrafo segundo, un alcance demasiado amplio, basta advertir que la presente Sentencia no prejuzga en ningún caso las obligaciones de los Estados miembros en otras circunstancias y que se limita a declarar, como ya se ha señalado con anterioridad, que la propia existencia de los convenios bilaterales controvertidos y de los términos en los que han sido redactados podría obstaculizar el ejercicio de las competencias atribuidas al Consejo en materia de circulación de capitales.*

50. *Habida cuenta de las consideraciones precedentes, procede declarar que la República de Finlandia ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del art. 307 CE, párrafo segundo, al no haber recurrido a los medios apropiados para eliminar las incompatibilidades en relación con el Tratado relativas a las disposiciones en materia de transferencia de capitales contenidas en los convenios bilaterales controvertidos.*

⁴²² Aunque no se fue tan tajante respecto al posible incumplimiento de otros APPRIs con el acuerdo comunitario al indicar, párrafo 55 de las conclusiones: “Además, según reiterada jurisprudencia, un Estado miembro no puede justificar el incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado alegando que otros Estados miembros también han incumplido sus obligaciones”. Pero no Sentenciaba si el resto de APPRIs podrían verse comprometidos tras estas decisiones.

⁴²³ J. Sellarés Serra en su nota “La Comisión Europea contra el arbitraje como protección de inversiones”, Blog de la *Revista Catalana de Dret public*, 1 julio 2014 < <http://blocs.gencat.cat/blocs/AppPHP/eapc-rcdp/2014/07/01/la-comision-europea-contra-el-arbitraje-como-proteccion-de-inversiones-jordi-sellarés-serra/>>.

⁴²⁴ La enumeración dada por el anexo I de la Directiva 88/361/CEE del Consejo se refiere a vínculos a largo plazo.

⁴²⁵ Art. 207 TFUE.

surgió la problemática de la subsistencia de los APPRIs suscritos por los Estados miembros con terceros países⁴²⁶, o entre ellos, y brotaron ciertos conflictos por la posible incompatibilidad de tales acuerdos con el acervo comunitario; en particular, por la vulneración de la libre transferencia de capitales. Es más, se llegó a plantear la finalización de los APPRIs intracomunitarios como en el asunto *Eastern Sugar B.V. c. República Checa*, SCC nº 088/2004⁴²⁷, en aplicación del art. 59.1 de la Convenio de Viena sobre Derecho de los tratados, de 1969 sobre terminación de los tratados⁴²⁸, aunque las objeciones planteadas fueron rechazadas de plano.

La asunción como competencia exclusiva de la PCC, y a su vez la incorporación de las IED dentro de esta PCC no parece que se haya realizado de forma inocente. Ciertamente, es posible que el objetivo principal de la UE fuera sustituir la totalidad de APPRIs firmados por los distintos Estados Miembros por Tratados de Libre Comercio (TLC) suscritos a nivel comunitario. Sin embargo, tal quimera era en dicho momento inalcanzable debido a que la protección que ofrecían los APPRIs no podía garantizarse entonces a nivel comunitario con idéntica contundencia. O, más bien, exigía un consenso difícil de alcanzar de inmediato.

En cambio, la ventaja inexorable que se desprende de la regulación de los APPRIs a nivel comunitario, es la desaparición de diferencias entre los inversores comunitarios con los países extraños a la UE. En efecto, a pesar de la propagación de APPRIs suscritos por Estados Miembros, no todos han suscrito el mismo número de APPRIs y, por tanto, puede suceder que un Estado miembro no hubiera suscrito un convenio y otro sí, generándose desigualdad entre las empresas europeas que deciden invertir en el extranjero⁴²⁹. La ventaja que presenta para los países que suscriban acuerdos bilaterales con la UE, es la existencia de un marco predecible y uniforme con todos los territorios de la Unión. Esta ventaja se presenta, sobre todo, para aquellos países con los que existe un recíproco intercambio de inversiones. Como contrapartida, los Estados comunitarios habrán cedido una nueva competencia que anteriormente regulaban, viendo impedida su potestad normativa e incapacitada también la facultad de definir qué se entiende por inversión o por expropiación.

El inconveniente principal que presentaban los APPRIs *ad intra* es la posible incompatibilidad de los mismos con el principio de no discriminación instaurado en el art. 18 TFUE. Mientras que el dilema que encarnaban los APPRIs *ad extra* era que la competencia para celebrar acuerdos en materia de IED acababa de trasladarse a la UE.

B) Disposiciones transitorias sobre los acuerdos bilaterales de inversión entre Estados miembros y terceros países

Ante la duda latente sobre la validez de los APPRIs, que ha recorrido un camino pedregoso, se promulgó el Reglamento (UE) nº 1219/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012 por el que se establecen disposiciones transitorias sobre

⁴²⁶ J. Díez Hochleitner, “El incierto futuro de los Acuerdos Bilaterales sobre Protección de Inversiones celebrados por los Estados Miembros de la Unión Europea”, *Spain Arbitration Review*, nº 8, 2010, p.20.

⁴²⁷ *Eastern Sugar B.V. c. República Checa*, SCC nº 088/2004. Desestimaron la objeción a la jurisdicción planteada por la R. Checa por la terminación del APPRI.

⁴²⁸ Art. 59.1: Se considerará que un tratado ha terminado si todas las partes en él celebran ulteriormente un tratado sobre la misma materia y: a) se desprende del tratado posterior o consta de otro modo que ha sido intención de las partes que la materia se rija por ese tratado; o b) las disposiciones del tratado posterior son hasta tal punto incompatibles con las del tratado anterior que los dos tratados no pueden aplicarse simultáneamente.

⁴²⁹ Irlanda, a estos efectos, no tiene suscrito ni un solo APPRI.

los acuerdos bilaterales de inversión entre Estados miembros y terceros países, mediante el cual se regulaba la paulatina supresión de los APPRIs suscritos por los Estados miembros con terceros países. No afecta a los APPRIs intracomunitarios; si bien tras la STJUE *Achmea*, que veremos luego, poco margen queda para su desaparición.

Al asumir la UE la competencia exclusiva en materia de IED, consecuentemente se le dota de capacidad para concluir tratados con terceros Estados que versen sobre la antedicha materia. Una vez que la UE concluya un tratado con un tercer país, se suprimirán los APPRIs que los Estados miembros pudieran mantener con ese tercer país a favor de un único acuerdo en materia de IED; podrán mantenerse estos instrumentos en la protección que dispensen a las inversiones en cartera –aunque no es cuestión pacífica y está por ver qué protección se ofrecerá a estas inversiones– y se podrán formalizar nuevos APPRIs siempre con una autorización previa de la Comisión. La progresiva desaparición de los APPRIs deberá ser fruto de la cooperación leal establecida en el art. 4.3 TUE⁴³⁰.

A pesar de que la competencia exclusiva de la Unión abarca únicamente a las IED, la Comisión ya ha ido cementando la posibilidad de arrogarse la competencia exclusiva también de celebrar acuerdos sobre inversiones en cartera cuando los acuerdos internacionales sobre inversiones que suscriba afecten a normas comunes sobre capital y pagos, lo que ya ha adelantado que hará utilizando como fulcro normativo el art. 3.2 del TFUE⁴³¹.

Las pautas del Reglamento resultan más conciliadoras que los primeros avisos que la Comisión había lanzado sobre el arbitraje. En primer lugar, los APPRIs *ad intra* se excluyeron del ámbito de aplicación del Reglamento⁴³². En nuestra opinión, a pesar de las advertencias mencionadas con anterioridad sobre la posible infracción del Derecho comunitario por el mantenimiento de APPRIs intraeuropeos, constituye un acierto –aunque no una ausencia de conflicto– conservarlos. En efecto, la adhesión de países de Europa del Este el 1 de mayo de 2004 a la Unión Europea conllevó la coexistencia de APPRIs entre Estados Miembros cuyo debate doctrinal aún no ha finalizado⁴³³. Aunque nos encontremos dentro de un único sistema regional, las diferencias existentes entre los países de Europa del Este y el resto de países que conforman la Unión Europea sigue siendo enorme⁴³⁴ y, sobre todo, el marco de la Unión Europea no resulta tan efectivo, a la hora de proteger las inversiones en dichos países, que el marco establecido en los APPRIs. Aunque ya anunciamos en su momento que los APPRIs intracomunitarios desaparecerían cuando se nivelara el poder adquisitivo de los Estados miembros, este proceso se ha acelerado tras los asuntos *Micula* y, sobre todo, *Achmea*. Remitimos al análisis ulterior sobre los asuntos *Micula* y *Achmea* y su crítico desarrollo en Europa y Estados Unidos.

Volviendo al Reglamento 1219/2012, se establece que aquellos APPRIs suscritos por los Estados Miembros con terceros países con anterioridad al 1 de diciembre de 2009 deberían ser notificados a la Comisión antes del 8 de febrero de 2013 y se mantendrán o entrarán en vigor hasta que lo hiciera un APPRI suscrito por la UE en su conjunto con ese determinado país⁴³⁵. Para el caso en el que los APPRIs contuvieran alguna disposición que pudiera

⁴³⁰ Posición (UE) n° 11/2012 del Consejo con vistas a la adopción del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen disposiciones transitorias sobre los acuerdos bilaterales de inversión entre Estados miembros y terceros países Adoptada por el Consejo el 4 de octubre de 2012

⁴³¹ Comunicación de la Comisión Europea al Consejo y al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. “Hacia una política global...” *loc. cit.* pp. 8 y 9.

⁴³² Art. 1.

⁴³³ J.C. Fernández Rozas, “Conjeturas en torno a la nueva política global europea en materia de inversión internacional tras el Reglamento n° 912/2014”, *La Ley Unión Europea*, n° 18, septiembre 2014, p. 11.

⁴³⁴ J. B. Donges, *Estudios de Política Económica...*, p. 54.

⁴³⁵ Art. 3.

resultar un impedimento a la celebración de APPRIs o TLCs por parte de la UE con ese tercer Estado, la Comisión y el Estado miembro mantendrán consultas con el objeto de eliminar los posibles estorbos a las negociaciones. El Reglamento refleja la elevada percepción que tienen el Parlamento y el Consejo sobre los APPRIs, con constantes referencias a que los acuerdos que finalice la UE deberán conceder un alto grado de protección a los inversores⁴³⁶. E incluso se crea un Comité para los Acuerdos de Inversión en el art. 16.

Asimismo, se permite a los Estados Miembros entablar negociaciones con terceros países con miras a modificar un APPRI existente o a suscribir uno nuevo tras la oportuna autorización de la Comisión. Esta concesión podrá hacerse siempre que (a) no plantee conflictos con el Derecho de la Unión; (b) no se obstaculice o perjudique a las negociaciones que la propia UE pretendiera llevar a cabo o hubieran comenzado con ese tercer país; o (c) no contraviniera los objetivos de PCC de la Unión⁴³⁷.

Para los otros supuestos (APPRIs suscritos entre el 1 de diciembre de 2009 y el 9 de enero de 2013, y APPRIs futuros) se procederá de la siguiente forma: el primer grupo de estos APPRIs se ramificará en aquellos acuerdos que ya hubieran entrado en vigor y aquellos pendientes de surtir efectos. En ambos casos el art. 12 determinará que una vez comprobada la posible incompatibilidad del APPRI, la Comisión Europea autorizará su perfección o informará al Estado miembro afectado de su decisión para que actúe en consecuencia. En cuanto a la suscripción de nuevos APPRIs por los Estados Miembros, será posible siempre y cuando cumplan con las tres condiciones enunciadas en el párrafo precedente.

⁴³⁶ Consideración (6) del Reglamento.

⁴³⁷ Artículos 8 y 9 del Reglamento.

II. Gestión de la responsabilidad financiera relacionada con los tribunales de resolución de litigios entre inversores y Estados establecidos por acuerdos internacionales en los que la UE sea parte

1. Marco general

La importancia de este Reglamento reside, en la novedad que supone la determinación de la responsabilidad financiera y demás cargas económicas relacionadas con litigios arbitrales. Es un Reglamento necesitado de complementos ya que faltan todavía por asignar aspectos clave como el órgano judicial competente para discernir sobre la validez de los laudos futuros que involucren a la UE. Especialmente cuando la UE está interfiriendo en algunos asuntos arbitrales exigiendo el respeto al Derecho de la UE por los árbitros para dotar de eficacia ejecutoria al laudo correspondiente⁴³⁸.

Evidentemente es también paso notable para ir encaminándose hacia los grandes TLCs futuros que esperan a la UE. Indudablemente contiene reglas técnicas que exigen un cuidadoso examen hermenéutico en cada uno de los supuestos y que parten también de un diálogo permanente entre la Comisión y el correspondiente Estado miembro, siendo esencial el principio de cooperación leal que se refuerza así mostrándose como una herramienta fundamental para resolver los complejos desafíos de esta nueva relación a la que está avocada la UE con los Estados que la componen en este nuevo marco de relaciones comunitarias o internacionales.

De conformidad con el Reglamento, los tratados que suscriba la UE en relación con la protección de las inversiones, contendrán un mecanismo de solución de conflictos que permita al inversor extranjero reclamar tanto a la UE como al Estado miembro que ha dispensado el trato denunciado. Y la UE, con la futura sustitución de los APPRI, no puede ofrecer un escenario menos ventajoso para el inversor que el que promovían los Estados Miembros en sus tratados bilaterales, puesto que esa solución daría al traste con el avance perpetuado en materia de inversiones a partir de los años noventa y con el propio espíritu de fomentar las inversiones presentes en la normativa comunitaria que se ha promulgado a tal efecto. Pero tampoco puede conferir a los inversores extranjeros un nivel de protección superior que el ofrecido a los Estados miembros.

No cabe duda de que aunque nos encontramos ante una de las uniones económicas más perfeccionadas, la UE está compuesta por veintiocho Estados que no están dispuestos a asumir los costes derivados de un pleito que concierne a otro u otros Estados miembros, ni tampoco que ese gasto sea sufragado por las instituciones europeas.

Por tanto, el laudo que recayera en el futuro procedimiento puede condenar a la UE al pago de una cuantiosa indemnización. No obstante, este laudo desfavorable puede ser fruto, tanto de un incumplimiento por parte de la UE en sus obligaciones con el inversor reclamante, como de un Estado miembro. Para paliar las posibles lagunas respecto a quién se le imputan los costes derivados de un procedimiento arbitral condenatorio, y quién asume la posición de demandada en el litigio, tras la publicación de la Resolución de 6 de abril del Parlamento Europeo sobre la política europea en materia de inversiones extranjeras, se publicó el 28 de agosto de 2014⁴³⁹, el Reglamento 912/2014 de 23 de julio por el que se

⁴³⁸ STJUE de 1 de junio de 1999, *C-126/97, Eco-Swiss c. Benetton*, pp. 15 y 16, párrafos 35 a 37.

⁴³⁹ Publicación realizada en el Diario Oficial de la Unión Europea.

establece un marco para gestionar la responsabilidad financiera relacionada con los tribunales de resolución de litigios entre inversores y Estados establecidos por acuerdos internacionales en los que la UE sea parte⁴⁴⁰.

Este Reglamento entró en vigor el 17 de septiembre de 2014 y será de aplicación únicamente a los litigios que versen sobre hechos causados con posterioridad a la fecha indicada en los que la solicitud de arbitraje también sea posterior en el calendario.

El Reglamento está basado en el art. 207.2 TFUE y pretende regular la asunción de costes derivados de un procedimiento arbitral con un reparto de la responsabilidad entre la UE y el Estado miembro condenado, así como la actuación y asunción de los costes del procedimiento por la UE y/o el Estado miembro demandado. Al asumir la UE el monopolio para celebrar tratados en materia de inversiones, es lógico presuponer que será también la responsable en caso de incumplimiento del tratado, aunque se ha relativizado la obligación de actuar como parte demandada, permitiéndose que también estén legitimados los Estados Miembros en caso de que se denuncie el trato dispensado por alguno de ellos.

A lo largo del Reglamento se establecen procesos consultivos entre la Comisión y el Estado miembro involucrado para evitar conflictos posteriores. Buena muestra, desde luego, de la complicitad que se pretende que guarde la UE y aquél de los Estados Miembros involucrado en el litigio, dado que ambos pueden ser demandados conjuntamente. Así, siempre que un Estado tenga conocimiento de una solicitud de arbitraje, deberá ponerlo en conocimiento de la Comisión y se establecerán consultas sobre la base del principio de cooperación leal para procurar la defensa más adecuada de los intereses de la UE y del Estado miembro demandado. Estas consultas también se mantendrán cuando la UE y el Estado miembro condenado no se pongan de acuerdo en cuanto a los gastos en los que deben incurrir cada uno derivados del arbitraje en el que se condenaba a ambos. Por lo que vemos, el Reglamento se basa en la cooperación leal del art. 4.3 TFUE para solucionar las controversias entre los Estados Miembros y la UE que pudieran surgir.

2. Descifrando el Reglamento UE 912/2014

A) Quién es el responsable financiero ante un laudo condenatorio?

El *leit motiv* del presente Reglamento es distinguir quién se hace cargo de la condena en caso de dictarse un laudo correctivo ante el posible conflicto cuando la responsabilidad pueda resultar del trato dispensado por la UE o por un Estado miembro. El nuevo Reglamento establece el siguiente reparto de la responsabilidad financiera en caso de condena del laudo⁴⁴¹:

i) la UE asumirá los gastos en aquellos casos en los que el trato denunciado hubiera sido dispensado por las instituciones de la UE o cuando la aplicación del Derecho de la UE por un Estado miembro hubiere causado el inicio del litigio, lo que supone una eximente

⁴⁴⁰ J.C. Fernández Rozas, “Conjeturas en torno a la nueva política global europea...”, *loc. cit.*, p.2

⁴⁴¹ Art. 3.

absolutoria para el Estado infractor. Esta segunda causa se antoja más problemática que la primera⁴⁴².

En efecto, en las propias consideraciones del Reglamento se ejemplifica esta situación para aquellos casos en los que se haya denunciado el trato dispensado por un Estado miembro por haber traspuesto una Directiva adoptada por la Unión⁴⁴³. Pero sin duda habrá que observar la forma en la que haya traspuesto la Directiva para que la UE asuma la carga financiera resultante del arbitraje. No creemos que la UE asuma la carga financiera sin realizar las pesquisas pertinentes. Desde luego que era necesario introducir esta excepción a la responsabilidad de los Estados Miembros, puesto que se encuentran compelidos a aplicar el Derecho comunitario y no tendría sentido que se vieran forzados al pago de una indemnización que se haya provocado ejecutando el Derecho de la Unión⁴⁴⁴.

ii) el Estado miembro será responsable siempre que fuere condenado por violar el tratado correspondiente, salvo cuando lo haya infringido por la aplicación estricta y obligada del Derecho de la Unión, en cuyo caso será esta responsable. La responsabilidad de los Estados, sucedería en aquellas situaciones en las que el trato dispensado por el Estado haya provocado el inicio del litigio. Simplemente se trata de que uno de los Estados Miembros aplique su normativa y ésta sea contraria al tratado y afecte al inversionista. Naturalmente, cada Estado, en aquello en que *no* aplique el Derecho de la Unión, sino el suyo propio, por tratarse de materias que no están en la lista de atribución de competencias de la Unión Europea⁴⁴⁵ será responsable de sus propios actos y no podrá atribuirlos a la UE. Allí donde hay competencia hay responsabilidad y donde hay responsabilidad hay competencia.

También será responsable el Estado, a pesar de aplicar el Derecho de la UE, siempre que hubiera podido o debido solventar la incompatibilidad del acto previo que motivó que el Estado infractor tuviera que aplicar el Derecho de la UE. Por eso es el Estado y no la UE quien debe responder, puesto que si ese Estado hubiera atendido al Derecho Europeo y hubiera adaptado ese acto previo al Derecho de la Unión, se supone que la situación no

⁴⁴² En el Art. 2 del Reglamento, “Definiciones”, se nos recuerda oportunamente qué significa, a estos efectos, “Derecho de la Unión” y “requerido por el Derecho de la Unión”, indicando:

k) «Derecho de la Unión»: el TFUE, y el TUE, así como todo acto jurídico de la Unión a que se refiere el art. 288, párrafos segundo, tercero y cuarto, del TFUE y todo acuerdo internacional del que la Unión sea parte o del que la Unión y sus Estados miembros sean parte; únicamente a efectos del presente Reglamento, no se entenderá por «Derecho de la Unión» las disposiciones de protección de las inversiones del acuerdo;

l) «requerido por el Derecho de la Unión»: el trato dispensado, cuando el Estado miembro de que se trate solo podría haber evitado la supuesta infracción del acuerdo incumpliendo una obligación establecida en virtud del Derecho de la Unión sin disponer de discrecionalidad ni de margen de apreciación sobre el resultado perseguido.

⁴⁴³ Consideración 7: “Sin embargo, cuando un Estado actúe de la manera establecida por el Derecho de la Unión, por ejemplo al transponer una directiva adoptada por la Unión, la propia Unión debe asumir la responsabilidad financiera en la medida en que el trato en cuestión sea requerido por el Derecho de la Unión. Por último, también será responsable cuando así lo acepte o cuando concluya un acuerdo transaccional, como veremos con posterioridad.

⁴⁴⁴ J.E. Soriano García, “Avances nuevos en el arbitraje de inversiones”, *Lupicinio International Attorneys*, octubre 2014.

⁴⁴⁵ Art. 4.1. TUE: “De conformidad con lo dispuesto en el art. 5, toda competencia no atribuida a la Unión en los Tratados corresponde a los Estados Miembros”. Art. 5. 1. TUE: “La delimitación de las competencias de la Unión se rige por el principio de atribución. El ejercicio de las competencias de la Unión se rige por los principios de subsidiariedad y proporcionalidad”.

Es claro que con este sistema de “lista”, por el que la UE solo tiene las competencias atribuidas por los Estados Miembros, pueden existir múltiples casos en los que el acto previo contrario a un acuerdo con inversionista, proceda exclusivamente del correspondiente Estados Miembros, sin intervención alguna del Derecho de la Unión ni de sus Instituciones y organismos

sería conflictiva con el inversionista, razón por la que se añade ese elemento sancionador al Estado incumplidor. No obstante ello, esta excepción tiene a su vez una última matización que precisa el Reglamento. Es el caso en que precisamente, ese acto previo del Estado involucrado (que es el que determina su responsabilidad por establecer una situación contraria al acuerdo con el inversionista —y que lógicamente éste impugna ante el tribunal arbitral—) resultase ser, paradójicamente, un acto previo impuesto obligatoriamente por el Derecho europeo. Es decir, que el acto previo incompatible con el Derecho de la Unión, resultara a la postre que fuera, a su vez, un mandato de la Unión. Si nos fijamos bien, lo que en realidad sucede es que esta última “contraexcepción” nos vuelve a colocar en el párrafo primero del apartado c) de este art. 3 del Reglamento, porque lo que estaría haciendo el Estado Miembro no es otra cosa que cumplir fielmente con el Derecho de la Unión). Llamamos la atención sobre esta forma tan farragosa de legislar, y que se da en todas las versiones, ya que hemos consultado, además de la versión española del Reglamento, la versión inglesa⁴⁴⁶.

El verdadero problema se daría cuando no hubiera acuerdo entre la UE y el Estado miembro afectado acerca de quién debe hacerse cargo de la responsabilidad financiera derivada del litigio. El capítulo V del Reglamento aborda esta cuestión⁴⁴⁷ señalando que deberán iniciarse consultas de inmediato entre ambos y que en el plazo de tres meses la Comisión dictará una decisión argumentada en la que fijará el importe que deberá abonar el Estado miembro involucrado. Esa decisión será recurrible por el Estado miembro en el plazo de dos meses a contar desde la entrada en vigor de la decisión. En el caso de que la decisión no se recurra, el Estado condenado deberá abonar, en el plazo de 6 meses a partir desde la entrada en vigor de la resolución, los costes derivados del arbitraje con intereses.

En el caso de que la Comisión rechazara la impugnación formulada por el Estado miembro afectado, emitirá una nueva decisión requiriendo al Estado miembro que reembolse el importe abonado previamente por la Unión con intereses. Si se llegara al extremo de que el Estado miembro correspondiente insistiera en que la decisión tomada por la Comisión es injusta, la última opción que cabría sería acudir al procedimiento de control legislativo instituido en el art. 263 TFUE y solicitar que se dicte una resolución por el Tribunal de Justicia resolviendo la controversia.

Pero no cabe duda de que en caso de que se dictara un laudo condenatorio y la UE hubiera actuado como demandada, la Comisión deberá encargarse de cumplir con el laudo para obrar conforme al principio de buena fe del Derecho internacional y del cumplimiento voluntario de los laudos, sin perjuicio de repercutir luego el importe abonado al Estado miembro correspondiente, con intereses.

⁴⁴⁶ Para facilitar la lectura comparada, ofrecemos también la versión inglesa, quizás algo más sencilla:

Apportionment criteria

1. Financial responsibility arising from a dispute under an agreement shall be apportioned in accordance with the following criteria:

(a) the Union shall bear the financial responsibility arising from treatment afforded by the institutions, bodies, offices or agencies of the Union;

b) the Member State concerned shall bear the financial responsibility arising from treatment afforded by that Member State;

(c) by way of exception to point (b), the Union shall bear the financial responsibility arising from treatment afforded by a Member State where such treatment was required by Union law.

Notwithstanding point (c) of the first subparagraph, where the Member State concerned is required to act pursuant to Union law in order to remedy the inconsistency with Union law of a prior act, that Member State shall be financially responsible unless such prior act was required by Union law.

⁴⁴⁷ Art. 19.

Podrá darse también la situación en la que la Comisión exija al Estado miembro afectado el pago adelantado para los costes del arbitraje⁴⁴⁸. En caso de que el tribunal arbitral resuelva condenando a la Unión por el trato dispensado al demandante, la Comisión deberá retornar el importe adelantado por el Estado miembro. El Reglamento no especifica en qué contexto podrían darse estos pagos adelantados, dejando en manos de la Comisión la potestad de adoptar una decisión que compela a cualquier Estado miembro abonar un pago adelantado cuando así lo disponga la Comisión. No obstante, esta decisión no puede ser arbitraria y entendemos que se dará únicamente en casos en los que se denuncie el trato dispensado por dicho Estado miembro o se demande a ambas instituciones conjuntamente, en cuyo caso el pago adelantado por el Estado miembro se circunscribirá a la solicitud concreta del demandante para con ese Estado y no al albur de la Comisión, que no debería solicitar al Estado miembro el pago total en aquellos litigios en los que ambos resulten demandados hasta que se dicte el correspondiente laudo, aunque existan fundadas razones de la responsabilidad exclusiva del Estado miembro.

B) ¿Quién asume la posición de demandado?

Al asumir la UE la competencia exclusiva en materia de IED, puede asumir también la defensa de los procedimientos en los que un inversor reclame por la infracción de un tratado internacional en el que la UE —o la UE y los Estados miembros— sean parte. Efectivamente, la infracción que desencadene el conflicto puede ser fruto del comportamiento de la UE, o puede que sea consecuencia del trato dispensado por un único Estado miembro o por varios.

No sería lógico que corriera a cargo del presupuesto de la UE la eventual defensa de un arbitraje en el que se hubiera denunciado el trato dispensado por un Estado miembro, sino que la defensa de estos arbitrajes y el coste correspondiente deberá ser asumido por el Estado miembro que ha causado el acto demandado. Por tanto, en cuanto a la defensa del litigio, la UE actuará como parte demandada siempre que (i) el conflicto hubiera surgido por el trato dispensado por algún organismo de la UE; (ii) cuando asuma parte de la responsabilidad financiera del litigio; (iii) cuando se hubiera planteado una disputa similar ante la OMC y la UE quiera mantener la coherencia de sus argumentos; o (iv) cuando actúe en nombre de un Estado miembro que solicite a la UE que se encargue de la defensa del litigio, en cuyo caso serán dichos estados los responsables de la carga financiera⁴⁴⁹.

(i) y (ii) parecen indiscutibles, salvo que en cuanto a la asunción parcial de la carga financiera por parte de la UE, no se debería impedir tampoco que el Estado miembro que sea demandado conjuntamente tenga potestad para esgrimir sus argumentos de forma independiente, a menos que delegue en la Unión de forma expresa tras entablar las consultas sobre el litigio necesarias y la UE acepte utilizar los argumentos articulados por el Estado afectado, velando por el interés de ambos, para minimizar el impacto en los costes del proceso⁴⁵⁰. Se prevé expresamente la posibilidad de que los representantes del Estado afectado formen parte de la delegación de la UE en cualquier audiencia del procedimiento arbitral, y además la Comisión debe consultar al Estado afectado sobre cualquier escrito relacionado con el proceso con anterioridad a su presentación⁴⁵¹.

⁴⁴⁸ Art. 20.

⁴⁴⁹ Artículos 4, 5 y 9. Las letras a y b se deciden mediante de actos de ejecución dictados por la Comisión.

⁴⁵⁰ Artículos 6 y 9.

⁴⁵¹ Art. 9.6.

En cuanto al (iii) y la necesidad de formular una argumentación coherente para no contradecir una postura argüida previamente en un arbitraje OMC, nos resulta cuestionable que los costes del arbitraje y de su resultado —en caso de resultar perdedora la UE— deban ser asumidos por el Estado miembro a pesar de que la defensa del litigio la lleve a cabo la UE. En efecto, podría resultar estridente para un Estado tener que asumir los costes de un arbitraje cuando la UE impidió que este Estado miembro presentara sus propios argumentos, sólo por adoptar una postura análoga en otros arbitrajes radicalmente distintos como son los arbitrajes OMC.

Ese Estado miembro bien podría haber utilizado argumentos muy diferentes a los esgrimidos por la UE y no parece lógico que tenga que pechar con los costes de la defensa que la UE ha llevado a cabo en dicho procedimiento arbitral para defender, al fin y al cabo, el proyecto comunitario. Para asumir los costes del arbitraje, así como la eventual condena, entendemos que debería permitirse al Estado introducir los argumentos que hubiera considerado y formular esa defensa de forma conjunta con los argumentos aducidos por la UE. En ese caso sí que tendría sentido que el Estado miembro fuera responsable tanto de todos los gastos del arbitraje como del resultado en caso de resultar vencida la UE.

Por último, el (iv) y la posibilidad de que un Estado miembro delegue la defensa a la UE, dudamos de su puesta en práctica salvo en concretas situaciones. El Reglamento apunta a que pudiera darse lugar “*por ejemplo, por razones de conocimientos técnicos*”, lo que en nuestra opinión sólo podría resultar cierto cuando el Estado miembro haya sido demandado por la aplicación de una disposición comunitaria, en cuyo caso, recordemos, salvo que opere la excepción, será la UE la demandada. Con carácter general, la justificación de que los Estados soliciten la actuación de la UE como demandada tendría que ver más con el poder de influencia que pudiera ejercer la UE frente al inversor demandante para tratar de alcanzar un acuerdo o que el coste que tuviera que asumir el Estado miembro fuera muy superior si acudiera al arbitraje de forma autónoma a dejar la actuación como demandada a la UE; es innegable que las instituciones de la Unión cuentan con una capacidad de medios tecnológicos y de personal muy superior a la de los Estados miembros en bastantes casos, quienes en muchas ocasiones confieren la defensa estos arbitrajes a despachos profesionales especializados en arbitraje.

Las circunstancias (iii) y (iv) son, en todo caso, excepcionales, siendo preferible que actúe el Estado miembro afectado como demandado para sufragar los costes derivados del litigio y evitar la tensión entre la UE y el Estado miembro respectivo para sufragar los costes del arbitraje.

Durante todo el *proceso* arbitral se observan numerosos actos de cooperación leal entre los Estados Miembros y la Comisión Europea como el poder formar parte de la delegación que envíe la Unión o el Estado miembro demandado, según quién actúe como demandado del proceso, la facilitación de todos los documentos que obren en el procedimiento, consultas sobre las alegaciones que van a realizar con anterioridad a la presentación de los escritos y muchos otros que permiten intuir el alto grado de participación que deja la UE a los Estados Miembros en los arbitrajes futuros.

El Reino de España no es ajeno a esta cuestión y a propósito de las reclamaciones ante las Cortes de arbitraje internacionales por infracción del TCE; aunque en este caso el Tratado está firmado tanto por todos los Estados Miembros como por la UE de forma individual, con ocasión de los cambios legislativos retroactivos en materia de energías

renovables⁴⁵², el Ministerio de Justicia ha creado una unidad especial dentro de la Abogacía General del Estado para defender al Reino de España en arbitrajes internacionales⁴⁵³. Esto constituye una prueba evidente de que el asunto ya preocupa a la defensa de la Administración. En efecto, no cabe duda de que la presentación de diferentes demandas en materia de inversión repercute con carácter global al resto de las inversiones que empresas o particulares extranjeros realizan dentro del territorio nacional y, singularmente, a las inversiones que pudieran realizarse *ad futurum* en materia energética.

La base para la creación de esta unidad se encuentra en el Real Decreto 997/2003 de 25 de julio, por el que se regula el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado, que les atribuye funciones en el orden extra-procesal y que complementa la tradicional asignación de competencias que ya tenía la Abogacía del Estado mediante la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas.

De la defensa de los referidos procedimientos se encargará la Subdirección General de los Servicios Contenciosos y a su frente existe un “Abogado del Estado Coordinador”⁴⁵⁴. Esto demuestra la responsabilidad que está asumiendo la Administración en la defensa de los intereses estatales en el extranjero. La creación de esta unidad no se hace de forma caprichosa sino por la elevada preparación de los abogados que se van a encargar de la defensa del Reino de España y, sin duda, por los elevados costes que representa contratar a los bufetes de abogados que han copado este mercado. En los últimos años se ha producido un crecimiento de los contenciosos internacionales en los que España encargaba la defensa de forma principal a bufetes extranjeros que defendían los intereses nacionales ante conflictos internacionales como el *Prestige*⁴⁵⁵ o los tesoros de galeones hundidos en las costas de Florida⁴⁵⁶ con resultados dispares⁴⁵⁷.

C) ¿Quién tiene la potestad de concluir acuerdos transaccionales?

Una vez determinada la forma en que se va a regular la asunción de la defensa de los eventuales litigios que pudieran surgir frente a Estados Miembros y la UE, el nuevo Reglamento establece un rebuscado sistema de escenarios para identificar el pago que deban hacer los Estados Miembros o la UE en caso de querer alcanzar un acuerdo transaccional para evitar “*un arbitraje costoso e innecesario*”. Sinceramente, la panoplia de situaciones que ofrece el Reglamento podría haberse simplificado de veras.

⁴⁵² S. González-Varas Ibáñez, “Arbitrajes internacionales con marcado componente jurídico-administrativo, el ejemplo de la energía (energía renovable, instalaciones fotovoltaicas)”, *Diario La Ley* [LA LEY 4893/2014].

⁴⁵³ Á. Soriano Hinojosa, “El Estado y las administraciones públicas ante el arbitraje internacional”, *Arbitraje*, vol. VII, nº 2, 2014, p. 447.

⁴⁵⁴ Como anécdota curiosa, se trata del anterior Director del Servicio Jurídico de la Universidad Complutense, don José Luis Gómara.

⁴⁵⁵ Sentencia de la Sección 1ª de la AP de Coruña de 13 noviembre 2013 y Sentencia del Tribunal de Apelación del Segundo Circuito de Nueva York de 29 de agosto de 2012. Si bien en EE.UU. los intereses del Reino de España fueron defendidos por el bufete americano *Squire, Sanders & Dempsey*.

⁴⁵⁶ La empresa Odyssey Marine Exploration encontró el tesoro de la fragata Nuestra Señora de los Mercedes y España recuperó el botín de 500.000 monedas y un equivalente a 17.000 kilos de oro y plata tras el rechazo de las alegaciones presentadas por Odyssey ante la Corte Suprema de EE.UU. en la decisión adoptada por dicha Corte el 31 de enero de 2012. España fue defendida por el bufete *Covington & Burling*.

⁴⁵⁷ A. Fernández Pérez, “Los contenciosos arbitrales contra España al amparo del Tratado sobre la Carta de la Energía y la necesaria defensa del Estado”, *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. VII, nº 2, 2014, p. 371.

El primer escenario que contempla es la aceptación de la responsabilidad financiera por el Estado miembro cuando la UE actúe como demandada. En este caso, el Reglamento prevé⁴⁵⁸ que el Estado afectado acepte su responsabilidad total o parcial. En el caso de que sea total, se pondrá fin al arbitraje, mientras que en el caso en el que sea parcial la responsabilidad del Estado miembro, el arbitraje podrá continuar en lo que respecta a la UE.

La segunda posibilidad que se prevé, es el acuerdo transaccional en litigios relacionados con el tratado dispensado exclusivamente por la UE o sus instituciones, lo que no plantea problema alguno, puesto que dependerá únicamente de la voluntad de la UE, que podrá concluir el arbitraje mediante un acto ejecutivo dictado por la Comisión⁴⁵⁹.

El tercer escenario sería aquél en el que la UE pretendiera resolver el litigio cuando un Estado miembro hubiera causado total o parcialmente la controversia⁴⁶⁰. Este sería el caso en el que la UE entendiera que la resolución amistosa del conflicto redundaría en el beneficio del interés financiero de la UE. Para el caso en el que ambos estén conformes con los términos del acuerdo transaccional, así se actuará. En el supuesto en el que la UE interviniera como demandada pero el litigio no causara ninguna responsabilidad financiera a la Unión, será el Estado miembro que asumirá las cargas del conflicto el único que puede concluir un acuerdo siempre que: (a) acepte la carga financiera; (b) el acuerdo solo tenga fuerza ejecutiva frente a dicho Estado miembro; y (c) que no colisione con el Derecho de la Unión –art. 15.1 del Reglamento–. Si el acuerdo no afectara financieramente a ningún Estado miembro, la Comisión podrá concretar los acuerdos que estime oportunos.

El panorama más controvertido sería aquél en el que tanto la UE como el Estado miembro afectado fueran demandados conjuntamente. En este caso, la Comisión sólo podrá cerrar el acuerdo unilateralmente cuando cuente con el acuerdo del Estado demandado siempre que afecte a su responsabilidad financiera. Cuando no exista ninguna implicación financiera por el Estado miembro, la Comisión podrá cerrar el acuerdo aunque el Estado miembro disienta de dicha solución.

Las soluciones ofrecidas por el Reglamento resultan perfectamente lógicas. Ciertamente, se antoja complicado que en algún supuesto se dé esta última situación en la que el Estado miembro demandado no acceda a la transacción cuando el acuerdo no le afecte (probablemente surja cuando puede repercutirle en litigios futuros). Sin embargo, para evitar situaciones hostiles, se ha establecido esta posibilidad. El Reglamento resulta muy prudente al evitar el enfrentamiento que supondría dotar a la Comisión de la fuerza para alcanzar acuerdos que afecten también al presupuesto de un Estado miembro. La competencia exclusiva asumida por la Unión en PCC a raíz del TFUE, podía brindar esta eventualidad sobre la base del interés común de la UE y el Reglamento soluciona esta cuestión de forma impecable.

Los Estados Miembros también podrán alcanzar acuerdos de la forma descrita anteriormente cuando se denuncie el trato dispensado exclusivamente por éstos, para lo cual deberán notificar a la Comisión los proyectos de acuerdo transaccional. En caso de que ésta última no responda en el plazo de noventa (90) días, se entenderá admitido tácitamente el acuerdo. En caso de que la Comisión responda de forma negativa, el Reglamento no ofrece solución alguna. Sin embargo, entendemos que el Estado miembro afectado podrá concluir igualmente el acuerdo siempre que concurren las tres circunstancias descritas en el apartado 1 del art. 15 del Reglamento.

⁴⁵⁸ Art. 12.

⁴⁵⁹ Art. 13.

⁴⁶⁰ Art. 14.

Por último, el art. 16 establece la posibilidad de alcanzar un acuerdo transaccional cuando se denuncie el trato dispensado por un Estado miembro parcialmente y éste desee resolver el litigio. En primer lugar, deberá consultar a la Comisión, y si ésta acepta el acuerdo propuesto dictará un acto de ejecución aprobándolo. En segundo lugar, puede darse la situación de que la Comisión rechace ese acuerdo aunque el Estado desee resolver el litigio. El Reglamento parece contradictorio en este artículo con lo expuesto en el precedente en cuanto a la autonomía de los Estados para celebrar acuerdos. Por tanto, según nuestro parecer, el rechazo de la Comisión sólo afecta para el caso en el que el acuerdo afecte a la carga financiera o presupuestaria de la Unión; pero si únicamente afecta al Estado, éste podrá concluir el acuerdo a pesar del rechazo de la Comisión, siempre que se cumplan las tres condiciones enunciadas en el art. 15.1 del Reglamento; a esto nos referíamos con la posibilidad de simplificar el Reglamento mediante el ofrecimiento de una solución única sin necesidad de dispersarla en distintos preceptos. Tampoco resuelve el Reglamento qué sucede cuando la Comisión esté conforme con cerrar un acuerdo y el Estado no, para lo cual entendemos que hay que retornar al art. 14 para solventar esta disyuntiva: el acuerdo transaccional podrá perfeccionarse siempre que no afecte a la carga financiera o presupuestaria del Estado afectado.

El último resquicio del Reglamento establece el procedimiento de comités, sobre la base del cual la Comisión estará asistida por el Comité para los Acuerdos de Inversión establecido en el Reglamento 1219/2012. El meritado Comité estará conformado, al amparo del Reglamento 182/2011, por representantes de los Estados Miembros y presidido por un representante de la Comisión. En este sentido, resulta hospitalario el Reglamento por la participación que reserva a los Estados Miembros en las diferentes fases tanto de los procedimientos litigiosos como aquellos procedimientos internos, esencialmente consultivos, a los que se hace referencia a lo largo del reciente Reglamento.

Tampoco es que las instituciones europeas guarden una reverente posición a los Estados Miembros que puedan verse envueltos en los diferentes litigios entre inversores y Estados que puedan surgir al amparo de los futuros tratados suscritos por la UE; pero la conducta es cuanto menos reflexiva al categorizar las diferentes posiciones que podrían asumir los Estados miembros en eventuales litigios, y constreñir a los Estados Miembros al abono de las cantidades que adeudaran únicamente en situaciones perfectamente comprensibles. Y sobre todo ponemos énfasis en la actuación conjunta y la permisión de que representantes de los Estados o de la Comisión formen parte conjuntamente de los diferentes comités establecidos para diseñar las estrategias de los litigios. No obstante, hasta que no surjan futuros litigios, no podremos ver la puesta en marcha de este Reglamento y los conflictos que pudieran surgir entre la UE y los Estados Miembros por mor de los pagos a realizar.

Debido a la reciente promulgación de este Reglamento, escasean los casos en los que la UE forme parte de un tratado que pudiera derivar en un arbitraje internacional⁴⁶¹. El TCE no resulta un ejemplo paradigmático, aunque sí el más cercano, dado que no sólo se encuentra ratificado por la UE, sino también por los Estados miembros de forma individual. Aunque sí cabe preguntarse qué hubiera sucedido si los cambios regulatorios que han motivado la presentación de numerosas demandas arbitrales al amparo del TCE contra España, hubieran sido fruto de un mandato europeo. Desde luego que nada impide que los arbitrajes se hubieran iniciado frente a esta institución. No obstante, no todas las Cortes son válidas para poder instruir a la UE. De esta forma, recordemos que el CIADI, sin duda una de las Cortes de mayor prestigio a nivel de conflictos ISDS, surge a partir del Convenio de Washington de 1965 del que la UE no es parte. Asimismo, el propio art. 67 del meritado

⁴⁶¹ Excluimos los arbitrajes OMC.

Convenio dispone que es necesario ser miembro del Banco Mundial para poder ser parte del Convenio. La participación de la UE en un arbitraje CIADI ha sido residual, únicamente como *amicus curiae*⁴⁶². Podría plantearse que la UE acudiera al CIADI a través del Mecanismo Complementario, pero las soluciones que presenta este mecanismo son meros parches en comparación con las garantías que propugna el procedimiento establecido en el Reglamento del CIADI.

⁴⁶² *Hermanos Micula c. Rumanía*, Caso CIADI No. ARB/05/20.

3. Manifestaciones de la intromisión de la Comisión Europea en los arbitrajes e inversión

A) *Amicus Curiae*

De forma coetánea al Tratado de Lisboa, la UE fue tomando posiciones, en materia de arbitraje internacional, a través de su participación como *amicus curiae* y de remodelación de algunos APPRI suscritos por Estados Miembros⁴⁶³. Recordemos que la participación como *amicus curiae* en un arbitraje internacional es posible (y plausible) en tres circunstancias: a) cuando la aportación argumentativa que vaya a realizar el *amicus curiae* guarde relación con el objeto de la disputa; b) cuando el *amicus curiae* tenga un interés legítimo en el resultado del litigio; y, c) cuando el *amicus curiae* pueda arrojar luz sobre alguna materia aplicable al procedimiento de la que tenga un conocimiento técnico o un punto de vista diferente al de las partes contendientes. Esa participación no es *sine qua non* y está sujeta a la autorización de cada Tribunal. Como añade el art. 37.2º de las Reglas de Arbitraje CIADI:

“El Tribunal deberá asegurarse de que la presentación de la parte no contendiente no perturbe el procedimiento, o genere una carga indebida, o perjudique injustamente a cualquiera de las partes, y que ambas partes tengan la oportunidad de someter observaciones sobre la presentación de la parte no contendiente.”

En definitiva, que la postura del *amicus curiae* debe ser imparcial sobre el fondo de la materia e instrumental para el Tribunal Arbitral. Y es, a este esquema, al que se debe limitar la argumentación de un *amicus curiae*. Sin embargo esa no ha sido la postura que ha asumido (y continúa asumiendo) la Comisión Europea en arbitrajes de inversión, donde en lugar de instruir al Tribunal Arbitral sobre la forma en la que el Derecho comunitario puede influir o ser aplicado en el procedimiento, se limita, en muchas ocasiones a negar la competencia del Tribunal Arbitral.

B) Argumentario ofrecido por la Comisión Europea para negar la virtualidad de los arbitrajes

Son muchos casos en los que la Comisión Europea defiende la competencia exclusiva del TJUE para dilucidar asuntos en los que entre en juego –aunque sea de manera tangencial– el Derecho comunitario. Pero no se detiene ahí la injerencia de la Comisión.

⁴⁶³ No cesa la UE en su empeño de acabar con los arbitrajes producto de tratados de inversión. Incluso llega a personarse en la ejecución en Estados Unidos de los laudos, logrando, al menos, ralentizar el proceso.

Vid. la noticia en: Redacción @CIAR_Global On 1 octubre, 2019. La jueza de un Tribunal del Distrito de Columbia (EE.UU.) Tanya S. Chutkan ha permitido que la Comisión Europea apoye a España en su lucha contra la ejecución del laudo a favor de la luxemburguesa Novenergia y que concedió a esta última más de 53 millones de euros en relación a su inversión en energías renovables. La decisión de la jueza Chutkan se produjo el 23 de septiembre y la Comisión Europea alega que: “Al igual que el tribunal arbitral en Achmea, un tribunal arbitral constituido bajo el Tratado de la Carta de la Energía está más allá de la supervisión y el control del sistema de la UE, y por lo tanto sus pronunciamientos sobre asuntos de derecho de la misma representan una amenaza para la integridad del orden legal de la UE y los principios de cooperación sincera y confianza mutua aplicable”.

Como hemos anticipado, la primera vez que la Comisión Europea puso en tela de juicio la validez de los APPRIs suscritos por Estados Miembros fue en los asuntos C-205/2006 (Comisión c. Austria), C-249/2006 (*Comisión c. Suecia*) y C-118/2007 (Comisión c. Finlandia) donde se discutió la eficacia de los APPRIs suscritos por estos Estados por la infracción del art. 307 TCE (actual 351 TFUE) sobre la libre transferencia de capitales.

El 13 de octubre de 2011, en relación a su participación como *amicus curiae* en el caso de la Corte Permanente de Arbitraje 2010-17 (European American Investment Bank Ag (Austria) c. República de Eslovaquia), la Comisión, en su condición de *amicus curiae*, trató de frenar la competencia del Tribunal Arbitral mediante una carta en la que exponía las razones que justificaban que el asunto se dirimiera ante tribunales europeos. Concretamente, fundamentó su opinión en: a) Ambos sujetos están sometidos al Derecho comunitario; b) de continuar el arbitraje se infringiría el orden público comunitario y el eventual el laudo no sería reconocible ni ejecutable en la UE por vulnerar el principio de no discriminación; c) las materias arbitradas se encuadran en el ámbito del TFUE; y, d) el principio de *pacta sunt servanda* no resulta aplicable respecto de tratados concluidos por Estados miembros entre sí.

Por todo lo anterior, termina reclamando la jurisdicción del TJUE y solicita al Tribunal Arbitral que decline su competencia.

El tribunal arbitral rechazó la objeción planteada por la Comisión Europea con base en:

i) No se ha producido una sustitución de Tratados al amparo del art. 59 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados: ni el APPRI y el Tratado de Roma, por el que se constituye la Comunidad Económica Europea, tienen idéntico contenido, ni las partes manifestaron una voluntad de terminar con el APPRI;

ii) El TJCE no tiene el exclusivo monopolio de interpretación y aplicación del TFUE;

iii) El problema de la hipotética discriminación podría ser resuelta de dos formas: (a) extender las condiciones más favorables a los nacionales de los otros Estados Miembros en lugar de restringir los derechos a los inversores de aquellos Estados miembros con APPRIs intra-UE; (b) sancionar al Estado miembro que ha concedido un trato prioritario a un inversor de otro Estado miembro en lugar de privar a los inversores de los derechos obtenidos con el APPRI.

Estas mismas objeciones fueron planteadas respecto del asunto *Eureko (Achmea) c. la República de Eslovaquia* con idéntico resultado.

No obstante, la Comisión Europea fue invitada en ambos casos a participar como *amicus curiae*, cuestión que no ha sucedido en los recientes arbitrajes de inversión (particularmente en los relativos a los recortes por las energías fotovoltaicas) donde ha sido la Comisión la que ha tomado la iniciativa de acudir como *amicus curiae* para apoyar la postura de los Estados Miembros en asuntos intra-UE, lo que supone una actuación *ultra vires* de la condición de *amicus curiae*. Esto ha sucedido en el primer laudo relacionado con la vulneración del Tratado sobre la Carta por parte de España, *Charanne c. España*, donde la Comisión refrendó los argumentos invocados por España respecto de la falta de competencia del Tribunal, que fueron rechazados por unanimidad.

Este exceso de la Comisión, posicionándose en contra de la competencia de los tribunales arbitrales y actuando como un sujeto coadyuvante de la posición del Estado miembro

demandado, está llevando a que los tribunales arbitrales se muestren cada vez más reacios a admitir la participación de la Comisión como *amicus curiae*.

Esto ha ocurrido, por ejemplo, en el asunto *9REN HOLDING S.À.R.L. c. España*, Caso CIADI No. ARB/15/15⁴⁶⁴ cuyo Laudo se ha dictado el 31 de mayo de 2019. En esencia, la Comisión Europea alega que el Tribunal Arbitral no tiene jurisdicción (lo que excede con creces de la posición que debe asumir un *amicus curiae*) para resolver la disputa. A juicio de la Comisión Europea, el TCE no genera obligaciones internacionales entre los Estados Miembros de la UE, sino que genera obligaciones internacionales entre la UE y los Estados Miembros (es decir: los inversores de la UE no pueden invocar las disposiciones sobre protección de inversiones y arreglo de diferencias del TCE contra Estados Miembros de la UE). Y subsidiariamente, en su caso, aquellas obligaciones internacionales que pudieran surgir entre los Estados Miembros no comprenderían ni la protección de las inversiones ni el arbitraje ISDS. Por último, subsidiariamente a lo anterior, aun cuando se entendiera que el TCE es íntegramente aplicable (y no parcialmente) al total de las relaciones entre los Estados Miembros, esas obligaciones habrían sido reemplazadas en virtud del art. 30 del Convenio de Viena sobre Derecho de los tratados, de 1969 (puesto que habría sido reemplazado por el Derecho comunitario):

“Art. 30. Aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia. 1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 103 de la carta de las naciones unidas, los derechos y las obligaciones de los estados partes en tratados sucesivos concernientes a la misma materia se determinaran conforme a los párrafos siguientes.

2. Cuando un tratado especifique que está subordinado a un tratado anterior o posterior o que no debe ser considerado incompatible con ese otro tratado, prevalecerán las disposiciones de este último.

3. Cuando todas las partes en el tratado anterior sean también partes en el tratado posterior pero el tratado anterior no quede terminado ni su aplicación suspendida conforme al art. 59, el tratado anterior se aplicará únicamente en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior.

4. Cuando las partes en el tratado anterior no sean todas ellas partes en el tratado posterior:

a) en las relaciones entre los estados partes en ambos tratados se aplicara la norma enunciada en el párrafo 3;

b) en las relaciones entre un estado que sea parte en ambos tratados y un estado que solo lo sea en uno de ellos, los derechos y obligaciones recíprocos se regirán por el tratado en el que los estados sean partes.

5. el párrafo 4 se aplicará sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 41 y no prejuzgara ninguna cuestión de terminación o suspensión de la aplicación de un tratado conforme al art. 60 ni ninguna cuestión de responsabilidad en que pueda incurrir un estado por la celebración o aplicación de un tratado cuyas disposiciones sean incompatibles con las obligaciones contraídas con respecto a otro estado en virtud de otro tratado.

Sobre el fondo, manifestaba la Comisión Europea que las primas a las renovables podían constituir ayudas de estado (sobre lo cual no tendría competencia el Tribunal Arbitral) que harían, además, inejecutable el futuro laudo.

Aunque en otros casos previos la intervención de la Comisión Europea como *amicus curiae* había sido admitida sin problema, por parte de los Tribunales Arbitrales se ha

⁴⁶⁴ *9REN HOLDING S.À.R.L. c. España*, Caso CIADI No. ARB/15/15, , ap.57: “El 31 de octubre de 2018, el Centro recibió una Solicitud de Permiso para Intervenir como Parte no Contendiente en este procedimiento de la Comisión Europea de fecha 24 de octubre de 2018 (la “Solicitud de la CE”). El 1 de noviembre de 2018, el Tribunal invitó a las Partes a presentar sus observaciones sobre la Solicitud de la CE. El 8 de noviembre de 2018, cada Parte presentó sus respectivas observaciones a la Solicitud de la CE. Los comentarios de la Demandante fueron acompañados por los Anexos CL-193 a CL-201 y las observaciones del Demandado fueron acompañadas por el Anexo RL-122. El 26 de noviembre de 2018, el Tribunal emitió la Orden Procesal No. 5 rechazando la Solicitud de la CE.”

limitado los excesos de la Comisión. Pues, en lugar de participar como una auténtica “Parte no Contendiente” acababa en la práctica convirtiéndose en un “Co-Demandado” más que reforzaba los argumentos de los países demandados. Y, por tanto, su participación excedía de lo dispuesto en el art. 37.2 de las Reglas de Arbitraje CIADI.

Y es que recordemos que la participación de la Comisión Europea debería haberse limitado a aportar una opinión jurídica sobre una materia objeto de controversia que ayudara al Tribunal Arbitral a resolver sobre esa cuestión. Recordemos que el art. 37.2 de las Reglas de Arbitraje CIADI *in fine*, dispone:

“El Tribunal deberá asegurarse de que la presentación de la parte no contendiente no perturbe el procedimiento, o genere una carga indebida, o perjudique injustamente a cualquiera de las partes, y que ambas partes tengan la oportunidad de someter observaciones sobre la presentación de la parte no contendiente.”

Los argumentos de la Comisión Europea acerca de que el TCE no resulta aplicable a los Estados Miembros porque al rubricar la UE el TCE supone una cláusula de desconexión implícita no han calado en ninguno de los arbitrajes sobre el TCE. Y es que el TCE no contiene ninguna cláusula de desconexión y, además, tampoco admitía reservas *ex art. 46* (tampoco las instó la UE) con lo que en realidad se había aceptado la posibilidad de arbitrajes que enfrentaran inversores de Estados miembros con otro Estado miembro.

La personalidad jurídica de la UE a la que antes hemos hecho referencia refrenda que los Estados Miembros tienen una personalidad jurídica disociable de la que tiene la propia UE. Así, la UE puede formar parte de un tratado sin que ello suponga que los Estados Miembros dejen de ser miembros, automáticamente, de ese mismo tratado.

Las cláusulas de desconexión deben ser expresas, como, por ejemplo, ocurrió en el Convenio de Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1988, cuyo art. 27 disponía:

“No obstante las disposiciones del presente Convenio, las Partes que sean miembros de la Comunidad Económica Europea aplicarán en sus relaciones mutuas las normas comunes vigentes en dicha Comunidad”

Y es que no puede resultar (ni puede deducirse implícitamente) la existencia de una cláusula de desconexión. Ello repugnaría al Derecho internacional ante la falta de seguridad jurídica que se generaría en aquellos supuestos en los que una organización internacional, formada por diferentes países, suscribiera un Tratado del que también forman parte (individualmente) los países que componen esa organización internacional.

Tampoco es cierta la primera alternativa que valora la Comisión (que el TCE no resulta de aplicación porque los Estados miembros carecen de competencias externas para firmar el TCE) porque la base sobre la que se sostiene esa alegación art. 3.2 TFUE no estaba en vigor en el momento de suscribir el TCE. Hasta el punto, añadimos, que los Estados miembros no habían denunciado el TCE.

Y, por último, también la Comisión Europea alega que el TCE quedaría superado *ex art. 30* Convenio de Viena sobre Derecho de los tratados, de 1969 tras la firma del Tratado de Lisboa. Pero esta posición ya se había solucionado en *Electrabel*, pues el TCE (como ocurría en esos casos con los APPRIs) no resulta incompatible con el Tratado de Lisboa y, además, tampoco el TJUE tiene el monopolio interpretativo del Derecho de la UE al permitirse a las últimas instancias aplicar la teoría de los actos claros. Y es que los arbitrajes de inversión, en definitiva, ofrecen una alternativa más a la que ofrece del Derecho de la

UE; con lo cual se concede una protección adicional que no va en contra del acervo comunitario.

Pero las injerencias de la Comisión Europea no han terminado aquí y en el asunto que narramos a continuación (el archiconocido *Micula*) prohibió ejecutar un Laudo sobre la base de que el pago de la condena supondría ayudas de estado prohibidas por el Derecho comunitario.

III. El asunto *Micula*

1. *Antecedentes*

El 1 de febrero de 1995 entró en vigor el Acuerdo europeo celebrado entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y Rumanía, por otra parte, con el objetivo de preparar a Rumanía para su adhesión a la UE.

El 2 de octubre de 1998, las autoridades rumanas promulgaron el Decreto de Urgencia 24/1998, que concedía una serie de incentivos (i.e. exención en impuesto sobre el beneficio o devolución retenciones aduana) a aquellos inversores que realizaran inversiones en las regiones más desfavorecidas de Rumanía. Los incentivos se extenderían durante un periodo máximo de diez años.

En las negociaciones de adhesión a la UE, Rumanía tuvo que derogar el Decreto de Urgencia para acomodar su legislación sobre ayudas estatales al acervo comunitario. Derogación con efectos desde el 22 de febrero de 2005; de manera que se eliminaron cuatro años de beneficios a los hermanos Micula (de nacionalidad sueca) y estos iniciaron un procedimiento arbitral conforme al APPRI suscrito en 2003 entre Rumanía y Suecia.

Durante el procedimiento arbitral la Comisión Europea intervino en calidad de *amicus curiae* y manifestó que los incentivos del Decreto de Urgencia eran incompatibles con la normativa de la UE en materia de ayudas de finalidad regional.

La Comisión también indicó que cualquier laudo que restituyera los incentivos derogados por Rumanía o compensara a los demandantes por la pérdida de dichos incentivos, sería considerado como concesión de nueva ayuda, incompatible con el Derecho comunitario. En consecuencia, advirtió al Tribunal de que no podría ejecutarse ningún laudo arbitral que exigiera a Rumanía restituir los incentivos que habían sido considerados incompatibles con el mercado interior durante las negociaciones de adhesión.

A pesar de la intervención de la Comisión Europea, el Tribunal arbitral dictó un Laudo el 11 de diciembre de 2013 mediante el que consideró que Rumanía había infringido el “Trato Justo y Equitativo” al que venía obligado en virtud del APPRI suscrito entre Rumanía y Suecia y condenó a Rumanía a abonar a los demandantes alrededor de 178 millones de euros más intereses equivalentes al importe de la indemnización. La razón: que a pesar de que la medida adoptada por Rumanía era racional, se infringía el principio de confianza legítima que habría permitido a los demandantes aprovecharse de los beneficios del Decreto de Urgencia hasta el 1 de abril de 2009. Con posterioridad, el Comité de Apelación del CIADI, el pasado 26 de febrero de 2016 confirmó el laudo original tras la impugnación del mismo por parte de Rumanía el 18 de abril de 2014.

Mediante carta de 31 de enero de 2014 la Comisión Europea informó a las autoridades rumanas que cualquier decisión que implicara la ejecución del Laudo podría constituir “ayudas de estado” y debería notificarse a la Comisión Europea.

El 20 de febrero de 2014, las autoridades rumanas informaron a la Comisión Europea de que habían aceptado la ejecución de parte del Laudo mediante una compensación de una parte de la indemnización concedida a los demandantes por el Tribunal mediante deducciones de los impuestos adeudados por una de las empresas demandantes. Deuda fiscal que ascendía a 76 millones de euros aproximadamente. El 1 de abril de 2014 la Comisión

Europea advirtió a las autoridades rumanas de la posibilidad de dictar una *suspension injunction* para asegurar que ninguna ayuda de estado incompatible con el Derecho de la UE fuera a ser pagada. Mediante carta de 26 de mayo de 2014 la Comisión informó a Rumanía de su decisión de dictar la *suspension injunction* de conformidad con el art. 11.1 del Reglamento 659/1999 del Consejo. El 1 de octubre de 2014 la Comisión informó a Rumanía de su decisión de iniciar el procedimiento sobre ayudas de estado instituido en el art. 108.2 TJUE respecto de la compensación que tuvo lugar en febrero de 2014.

2. Ejecución del Laudo en Rumanía

Cuatro de los cinco demandantes iniciaron la ejecución del Laudo en Bucarest. El 24 de marzo de 2014, el Tribunal de Bucarest aceptó la ejecución del Laudo arbitral sobre la base del art. 54 del Convenio del CIADI; en particular, que dicho Convenio CIADI había sido ratificado por Rumanía y, por tanto, formaba parte de su ordenamiento jurídico interno como si se tratara de una Sentencia nacional firme.

Rumanía recurrió la resolución sobre ejecución forzosa del Laudo arbitral ante el Tribunal de Bucarest y solicitó la adopción de medidas cautelares. La Comisión intervino en dicho procedimiento de conformidad con el art. 23 bis, apartado 2, del Reglamento 659/1999. La Comisión instó al Tribunal de Bucarest a suspender y anular la ejecución forzosa del laudo arbitral. Con carácter subsidiario, la Comisión instó al Tribunal de Bucarest a plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE.

El 23 de septiembre de 2014, el Tribunal de Bucarest desestimó mediante resolución sobre la petición cautelar solicitud de Rumanía de suspender la ejecución del laudo arbitral y el 13 de octubre de 2014 rechazó *ex art.* 267 TFUE, plantear la cuestión prejudicial. El 24 de noviembre de 2014 desestimó la acción principal planteada por Rumanía. El 5 de enero de 2015, el administrador designado por el Tribunal de Bucarest embargó unos 8,1 millones de euros del Ministerio de Hacienda de Rumanía. Con posterioridad embargó otros 2 millones de euros (aproximadamente). El 24 de febrero de 2015, la Curtea de Apel București (Tribunal Superior de Bucarest) anuló la Sentencia del Tribunal București (Tribunal de Distrito de Bucarest) de 23 de septiembre de 2014 y suspendió la ejecución forzosa hasta que se dictara una Sentencia sobre el recurso interpuesto contra la Sentencia de ese mismo Tribunal de 24 de noviembre de 2014. El 9 de marzo de 2015, el Ministerio de Hacienda transfirió el importe restante de unos 106,5 millones de euros a una cuenta bloqueada a nombre de los cinco demandantes con el fin de cumplir con el laudo arbitral. No obstante, los cinco demandantes sólo podrían retirar el dinero si la Comisión Europea aceptaba era compatible con el acervo comunitario. Finalmente, el 30 de marzo de 2015 la Comisión Europea dictó la decisión 2015/1470 sobre ayudas de estado en la que afirmó que la entrega de cantidades a los hermanos Micula suponía una violación del art. 107.1 TFUE sobre ayudas de estado e incluso que Rumanía debía recuperar cualquier cantidad entregada para evitar incurrir en dicho incumplimiento.

A continuación desarrollaremos las ejecuciones más prolijas llevadas a cabo fuera de Rumanía, si bien el Sr. Viorel Micula presentó varias solicitudes de ejecución del laudo arbitral (Bélgica, Francia, Luxemburgo, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y de Estados Unidos). Mientras que los otros cuatro demandantes, el Sr. Ioan Micula, European Food, Starmill y Multipack presentaron, además, una solicitud de reconocimiento del laudo arbitral en un procedimiento *ex parte* en Estados Unidos. Aquí observaremos las ejecuciones del Laudo llevadas a cabo en EE.UU. y Reino Unido.

3. Ejecución del Laudo en EE UU

Por su parte, Viorel Micula (el quinto demandante) inició la ejecución del laudo en EE.UU. ante la District Court of Columbia, mediante solicitud de 11 abril de 2014, que fue rechazada el 18 de mayo de 2015 debido a que no se había instado la ejecución conforme la FSIA (“Foreign Sovereign Immunities Act”).

El Tribunal del Distrito Sur de Nueva York ha rechazado las objeciones planteadas por la Comisión Europea, señalando que no se conculca ninguna de las tres doctrinas invocadas por la Comisión para rechazar la ejecución del Laudo. A saber: a) la doctrina de cortesía internacional (*doctrine of international comity*) mediante el que las Decisiones de la Comisión sobre asuntos relacionados con el Derecho Europeo merecen deferencia; b) la doctrina de actos de estado (*the act of state doctrine*), mediante la que la Comisión afirma que la Sentencia confirmatoria del laudo haría inefectivo un acto de la Comisión emitido bajo los auspicios del Derecho europeo; y c) la doctrina de coacción del Estado extranjero (*the foreign sovereign compulsion doctrine*), mediante la que el Tribunal de un Estado extranjero no puede dictar una resolución que viole las leyes del Estado afectado por la disputa.

Sin embargo, el 23 de octubre de 2017, y con todos los demandantes ya instando la ejecución en EE.UU., la United States Court of appeals for the Second Circuit resolvió que no cabía la ejecución del Laudo CIADI por el procedimiento sumario (denominado *ex parte*) y que para ejecutar un Laudo CIADI debían cumplirse las previsiones de la FSIA⁴⁶⁵; pues solo así un Laudo CIADI adquiere la condición de equivalente a una decisión interna y puede ser ejecutado (como ya se había resuelto en el asunto *Mobil Cerro Negro Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela*).

Sin que el procedimiento sumario *ex parte* cumpla con los requisitos necesarios para adquirir esa condición por no ser un juicio plenario. Además, el tribunal rechazó que al amparo de la FSIA el supuesto tuviera alguna conexión con Nueva York que permitiera sustanciar allí la ejecución del Laudo:

“As to Romania’s second argument, we also agree that the Southern District of New York is an improper venue under the FSIA, at least on this record. The Petitioners’ ex parte petition is devoid of any assertion that New York is the appropriate venue under the FSIA. It is also unclear from the face of the petition that there is any conduct connecting this action to New York. The parties are foreign, the arbitration hearings were conducted in Paris, and the property at issue was located in Romania.

Because the FSIA governs all aspects of this action, and its procedural requirements have not been satisfied, the district court lacked subject matter and personal jurisdiction over Romania. Accordingly, the judgment below is void and the district court’s orders must be reversed and its judgment vacated without prejudice to the Petitioners’ filing an action to enforce the ICSID award in compliance with the FSIA and in a court in which venue is proper.”

Ante esta decisión, los demandantes reiteraron el reconocimiento del Laudo CIADI ante la *United States District Court for the District of Columbia* al ser la jurisdicción encargada de ejecutar los laudos extranjeros (22 US CODE § 1650a, que indica:

“Such awards “shall be enforced and shall be given the same full faith and credit as if the award were a final judgment of a court of general jurisdiction of one of the several States.”

⁴⁶⁵ Summary Order dictada el 23 de octubre de 2017 por la United States Court of Appeals for the Second Circuit.

Con fecha 11 de septiembre de 2019, el Juez Amit P. Mehta, United States District Court Judge ha procedido a ejecutar dicho Laudo (Case No. 17-cv-02332 (APM)). La base se encuentra en la resolución del Tribunal General de la Unión Europea, que con fecha 18 de junio de 2019, anuló la decisión de la Comisión Europea de impedir la ejecución del laudo.

Veamos ambas resoluciones.

La UE, ha visto como la Sentencia del Tribunal General (Sala Segunda ampliada) de 18 de junio de 2019 en los asuntos T-624/15, T-694/15 y T-704/15, con el Sr. M. Prek (Ponente), Presidente, decide en el fallo: Anular la Decisión (UE) 2015/1470 de la Comisión, de 30 de marzo de 2015, relativa a la ayuda estatal SA.38517 (2014/C) (ex 2014/NN) ejecutada por Rumanía—Laudo arbitral Micula/Rumanía de 11 de diciembre de 2013.

Breviter resumimos pues:

“92. A la vista de lo expuesto anteriormente, procede concluir que, al adoptar la Decisión impugnada, la Comisión aplicó retroactivamente las competencias que le conferían el art. 108 TFUE y el Reglamento n.º 659/1999 a hechos anteriores a la adhesión de Rumanía a la Unión. Así pues, la Comisión no podía calificar la medida controvertida de ayuda de Estado en el sentido del art. 107 TFUE, apartado 1.

93 Por consiguiente, procede estimar la primera parte del primer motivo invocado en el asunto T-704/15 y la primera parte del segundo motivo invocado en los asuntos T-624/15 y T-694/15.

[...]

104... resulta que el Derecho de la Unión no se aplica a la indemnización de la retirada del Decreto de Urgencia, al menos por lo que respecta al período anterior a la adhesión, puesto que el laudo arbitral, que constató la existencia de un derecho a indemnización originado en 2005, no tiene por efecto la aplicabilidad del Derecho de la Unión y la competencia de la Comisión con respecto a dicho período anterior.

108 Así pues, habida cuenta de que la indemnización de que se trata cubría, al menos parcialmente, un período anterior a la adhesión (comprendido entre el 22 de febrero de 2005 y el 1 de enero de 2007) y de que, entre los importes que debían recuperarse, la Comisión no distinguió entre los correspondientes al período anterior a la adhesión y los correspondientes al período posterior a la adhesión, la decisión por la que calificó de ayuda la totalidad de la indemnización adolece necesariamente de ilegalidad.

109 De ello resulta que la Decisión impugnada adolece de ilegalidad en la medida en que calificó de ventaja y de ayuda a efectos del art. 107 TFUE la atribución, por parte del tribunal arbitral, de una indemnización por daños y perjuicios destinada a compensar los daños resultantes de la retirada de las medidas de incentivo fiscal, al menos para el período anterior a la fecha de entrada en vigor del Derecho de la Unión en Rumanía.

111 A la vista de lo expuesto anteriormente, procede anular la Decisión impugnada en su totalidad”.

Por consiguiente en estos momentos (pues cabe apelación) la posición comunitaria europea es que no cabe pensar en impedir la ejecución del laudo en este asunto, pero por puras razones de retroactividad. Es a partir de esta posición que el Juez norteamericano encuentra despejado el camino para proceder a la ejecución del laudo en los Estados Unidos.

Y procedió de inmediato. Primero, negando todo intento de suspensión del proceso por parte de Rumanía e incluso de petición de ampliación temporal para contestar (Order, ECF No. 75.) Y segundo, tras reconocer que había estado cinco años el asunto pendiente de resolución definitiva en la propia Corte federal, abordó la decisión definitiva sin discutir en absoluto el fondo de la cuestión tal como la había resuelto el laudo... “*This limited role “reflects an expectation [under the Convention] that the courts of a member nation will treat the award as final.*” (Citando Mobil Cerro Negro).

Por otro lado, invocado el asunto *Achmea* por Rumanía, el Juez norteamericano lo examina con detalle.

Y recuerda que en Micula, la disputa comenzó *después* de que Rumania accediera a la UE, mientras que en Achmea comenzó *antes* del ingreso en el club comunitario, diciendo:

“Thus, unlike in Achmea, in which the contested government action occurred when the Slovak Republic was already an EU Member State and governed by EU law, Romania’s challenged actions occurred when it remained outside the EU and subject, at least primarily, to its own domestic law”.

Añade que en el caso *Micula*, no se trata de interpretar directamente el derecho de la Unión Europea, sino que el derecho de la UE simplemente era un puro dato:

“The tribunal did determine, however, that “EU law forms part of the ‘factual matrix’ of the case” ... “in resolving the dispute before it, the ICSID arbitral tribunal considered EU law, but it did so for factual context, not as a source of controlling law” ... “The tribunal therefore did not decide a question of EU law in a way that implicates the core rationale of Achmea...”

Y, “Finally, the General Court’s ruling overturning the State Aid Decision confirms that the ICSID arbitral tribunal did not tread upon substantive EU law and, for that reason, Achmea does not affect the Award’s validity. The General Court held that “EU law became applicable in Romania only as from its accession to the European Union on 1 January 2007.” General Court Decision ¶ 67...It found that the events giving rise to the Award occurred before January 1, 2007, and that “the arbitral tribunal confined itself to determining the exact damage suffered by the applicants on the basis of the infringements committed by Romania in 2005.”

4. Ejecución del Laudo en el Reino Unido

Donde convive con mayor intensidad la problemática y conflicto entre la aplicación del Derecho comunitario y la ejecución *ex art. 54* del Reglamento CIADI es, sin lugar a dudas, en la intención de ejecutar este Laudo en el Reino Unido.

Así, se han dictado tres resoluciones de enorme complejidad:

i) La primera decisión de 20 de enero de 2017 de la *High Court of Justice* versaba sobre la petición de Rumanía y la Comisión Europea de anular el registro del Laudo CIADI llevado a cabo por la *High Court of Justice* el 17 de octubre de 2014 y, alternativamente, la solicitud de suspender la ejecución.

Se rechazó la nulidad del registro:

“(2) The application of Romania and the Commission to set aside the court’s Order of 17 October 2014 registering the ICSID Award is refused. This is because the registration of the Award did not place Romania in breach of the Commission’s Injunction Decision of 26 May 2014, and the claimants themselves were not in breach by registering the Award”.

Pero se estimó la solicitud de suspensión de la ejecución a la espera de que se resolviese el recurso interpuesto frente a la Decisión de la Comisión Europea de 30 de marzo de 2015 por la cual considera que la entrega de cantidades a los demandantes supondría “ayudas de Estado”:

“(3) Enforcement of the Award is stayed pending the resolution of the claimants’ proceedings in the European court seeking the annulment of the Commission’s Final Decision of 30 March 2015. This is because the Commission’s Final Decision prohibits Romania from paying the Award, and the “principle

of sincere cooperation” in Art. 4(3) TEU as interpreted both in European and in English case law precludes national courts from taking decisions which conflict with a decision of the Commission.”

Vemos que para evitar el conflicto con la Derecho comunitario se ampara en el principio de “cooperación leal” instituido en el 4.3 TUE. Podía haberse quedado ahí. Pero ante el conflicto que se creaba por la posible infracción de las obligaciones asumidas por el Reino Unido respecto al Convenio CIADI, se dieron razones adicionales para aclarar que no se infringía:

“(4) This does not create a conflict with the duties of the UK under the ICSID Convention, because by registration under the Arbitration (International Investment Disputes) Act 1966 which implements the Convention, an ICSID award is equated to a final domestic judgment for enforcement purposes, and a purely domestic judgment would be subject to the same principle.

(5) Alternatively, applying the above case law, a stay is appropriate because the issues raised in the present application substantially overlap with the arguments raised in the annulment proceedings in respect of the Commission’s Final Decision which are being brought by the claimants in the European Court in Luxembourg, giving rise to the risk of inconsistent decisions.”

Se pospuso la decisión sobre la caución exigida por parte de los demandantes al Reino Unido en caso de suspensión del procedimiento. La *High Court of Justice* no quiso entrar (tampoco era el objeto debatido) sobre las alegaciones de la Comisión Europea acerca de la abrogación del APPRI suscrito entre Rumanía y Suecia a raíz de la adhesión de Rumanía en la UE. Entre otras cosas (y este detalle es revelador) el arbitraje se inició por parte de Micula el 28 de julio de 2005, es decir, antes de la adhesión de Rumanía a la UE.

ii) La segunda decisión sobre la caución se dictó el 15 de junio de 2017. La *High Court of Justice* resolvió que no era exigible a Rumanía ningún tipo de caución como exigían los demandantes por la ausencia de *periculum in mora*:

“24. Although (as indicated above) the court can assume that the claimants are prejudiced by the delay, it is of some significance that the prejudice does not extend to the risk of the diminution of Romania’s assets in the same way as might be the case with a non-state party. In all the circumstances, the balance at the present time appears to be against making the stay conditional on the provision of security. There is no need to rule it out definitively for the future. That is the court’s decision on the application”

iii) La tercera decisión es la Sentencia dictada por la *Court of Appeal* de 27 de julio de 2018 mediante la que se confirma la suspensión de la ejecución hasta que obre una resolución sobre la Decisión de la Comisión Europea de 30 de marzo de 2015; pero, en cambio, resuelve que sí es exigible una caución a Rumanía por importe de 150 millones de dólares:

La primera cuestión que abordó la *Court of Appeal* es sobre la cosa juzgada y el principio *Kapferer*⁴⁶⁶ por el cual, según los demandantes, debía reconocerse y ejecutarse el laudo por su naturaleza de cosa juzgada aunque fuera inconciliable con la normativa comunitaria:

“Whether the judge erred in failing to have appropriate regard to the fact that the award was res judicata and, in accordance with the Kapferer principle, was to be given effect even if doing so would be inconsistent with EU law rules or with a determination of the Commission or the CJEU”.

⁴⁶⁶ C-234/04 *Kapferer* STJUE de 16 de marzo de 2006.

Recordemos, con la brevedad que requiere, cómo resolvió el TJUE en el asunto *Kapferer* la posible naturaleza de cosa juzgada de la Sentencia de primera instancia con su incompatibilidad con el Derecho comunitario (con cita, nada menos, que *Eco-Swiss*):

“20. A este respecto, procede recordar la importancia que tiene, tanto en el ordenamiento jurídico comunitario como en los ordenamientos jurídicos nacionales, el principio de fuerza de cosa juzgada. En efecto, con el fin de garantizar tanto la estabilidad del Derecho y de las relaciones jurídicas como la buena administración de justicia, es necesario que no puedan impugnarse las resoluciones judiciales que hayan adquirido firmeza tras haberse agotado las vías de recurso disponibles o tras expirar los plazos previstos para dichos recursos (Sentencia de 30 de septiembre de 2003, *Kobler*, C-224/01, Rec. p. I-10239, apartado 38).

Por consiguiente, el Derecho comunitario no obliga a un órgano jurisdiccional nacional a no aplicar las normas de procedimiento internas que confieren fuerza de cosa juzgada a una resolución, aunque ello permitiera subsanar una vulneración del

Derecho comunitario por la decisión en cuestión (véase, en este sentido, la Sentencia de 1 de junio de 1999, *Eco Swiss*, C-126/97, Rec. p. I-3055, apartados 46 y 47).”

La *Court of Appeal* resolvió que el procedimiento debía mantenerse suspenso hasta que existiera un pronunciamiento del TJUE sobre la Decisión de la Comisión Europea de 30 de marzo de 2015 porque en caso contrario se obligaría a Rumanía a infringir la citada Decisión sobre “ayudas de estado” cuando el único competente en la materia es la Comisión Europea:

“97. It follows that if the court were to permit enforcement on the basis of the *Kapferer* principle it would be permitting the appellants to be paid the very aid which the Commission has declared to be unlawful. It would also be compelling Romania to infringe the Commission’s Decision.

98. This would appear to be a clear example of the effective application of EU state aid law being “circumvented” or “frustrated” or significantly obstructed by the application of the principle of *res judicata*. The Commission, which has sole competence in these matters, has decided that payment of the award would constitute unlawful State aid and that no such payment should be made by Romania. Allowing enforcement would lead to such payment being made and thereby directly frustrate, obstruct and circumvent the Commission’s Decision and undermine its effectiveness. The principle of *res judicata* is being relied upon to ask the court to facilitate the payment of unlawful State aid in clear breach of its duty of sincere co-operation. [...]

100. In our judgment this is accordingly a case in which the *Kapferer* principle cannot be relied upon. It must yield to the need for the effective application of EU State aid law. Our decision means that, if indeed the GCEU upholds the Commission’s Decision that payment of the Award is State aid, the appellants cannot escape that decision on the basis that the Award has determined Romania’s liability to them and that this constitutes *res judicata*. There may be other grounds open to them, but the *Kapferer* principle is not one on which they can rely.”

En definitiva, que la doctrina *Kapferer* no puede servir para eludir las exigencias de la Comisión Europea relativas a “ayudas de estado”.

La segunda y tercera cuestión las abordó la *Court of Appeal* conjuntamente al referirse (i) a la inexistencia de conflicto entre las obligaciones internacionales del Reino Unido al adherirse al Convenio CIADI y las obligaciones de los tribunales ingleses respecto de la Decisión de la Comisión Europea (ii) la interpretación del art. 2 de la *European Communities Act* de 1972:

i) In light of the issues above, did the judge err by finding at [132] that there was no conflict between: (i) the international obligations of the UK contained in the 1966 Act implementing the ICSID Convention on the one hand; and (ii) (on the judge's analysis) the Court's EU law duties in light of the Commission's Decision?

ii) Does a proper construction of section 2 of the European Communities Act 1972 ("the 1972 Act") preclude the result reached by the judge?

El conflicto (i) recae, en definitiva, sobre la aplicación (o no) del art. 351 TFUE sobre la compatibilidad de tratados que recordemos, dispone:

“Las disposiciones de los Tratados no afectarán a los derechos y obligaciones que resulten de convenios celebrados, con anterioridad al 1 de enero de 1958 o, para los Estados que se hayan adherido, con anterioridad a la fecha de su adhesión, entre uno o varios Estados miembros, por una parte, y uno o varios terceros Estados, por otra.

En la medida en que tales convenios sean incompatibles con los Tratados, el Estado o los Estados miembros de que se trate recurrirán a todos los medios apropiados para eliminar las incompatibilidades que se hayan observado. En caso necesario, los Estados miembros se prestarán ayuda mutua para lograr tal finalidad y adoptarán, en su caso, una postura común.

En la aplicación de los convenios mencionados en el párrafo primero, los Estados miembros tendrán en cuenta el hecho de que las ventajas concedidas en los Tratados por cada uno de los Estados miembros son parte integrante del establecimiento de la Unión y están, por ello, inseparablemente ligadas a la creación de instituciones comunes, a la atribución de competencias en favor de estas últimas y a la concesión de las mismas ventajas por parte de los demás Estados miembros.”

Los tres Jueces lo resolvieron con distintos argumentos complementarios que se resumen a continuación:

“A. per Arden and Leggatt LJ: Section 2(1) of the 1966 Act must be interpreted to give effect to the ICSID Convention in accordance with domestic principles, and, so interpreted, it does not, as the judge held, have the effect of applying EU law to the award on registration simply because the UK is a member state of the EU at that date. Nonetheless, the ICSID Convention does not prevent the national court charged with executing an award from exercising its power to stay enforcement so long as such stay is within the overall purposes of the ICSID Convention. Applying this approach, a stay of execution is justified in this case until the resolution of the GCEU proceedings or further order in the meantime for reasons which are neither dependent on those proceedings nor inconsistent with the overall purpose of the ICSID Convention.

B. per Hamblen LJ: The judge was correct to hold that there was no conflict between the international obligations of the UK contained in the 1966 Act implementing the ICSID Convention and the Court's EU law duties in light of the Commission Decision.

C. per Hamblen and Leggatt LJ: If there is a conflict between the international obligations of the UK contained in the 1966 Act and the Court's EU law duties, the judge was right to conclude that there should be a stay on the grounds that the issue of whether Article 351 applies in this case is a matter before the GCEU and there is a clear risk of conflicting decisions.

D. per Arden LJ: Article 351 TFEU must normally be considered when determining whether a stay of a duly registered ICSID award can be granted. It falls to be considered in this case even if the judge's ruling is not appealed. Under Article 351(1) TFEU, the rights and duties under a treaty made by a member state prior to accession to the EU with a third country are in general not affected by EU law. Moreover, EU law recognizes that it is for the national court, not the CJEU, to determine the extent of obligations under international law imposed on the UK by the ICSID Convention. In addition, there appears to be little overlap between the GCEU proceedings and these proceedings. However, the stay proposed by the majority (which is made pursuant to Article 54 ICSID and section 2(1) of the 1966 Act) converges with any stay that would be given under the duty of sincere co-operation and so it is unnecessary at this stage in the proceedings to reach a final view on that point or on the question whether Article 351 prevents that duty from applying in the first place”.

Las dificultades para deslindar la ejecución del fondo aparecen en algunos pasajes de la Sentencia. Véase, por ejemplo, como la *Court of Appeal* (particularmente, la Juez Arden) se plantea en algunos casos si Micula podía haber previsto el destino de su inversión por el hecho de que efectuaran su inversión a pesar de que sabían las negociaciones de Rumanía para adherirse a la UE (y las consecuencias que podrían extraerse de la aplicación de los principios comunitarios sobre ayudas de estado):

“I am conscious of the difficulties in which the appellants are placed. But I consider that at the time when the appellants made their investments they were aware that Romania would become a member of the EU during the currency of their investment and that Romania’s activities would therefore become subject to EU law. The appellants may not have been able to foresee the precise basis on which the Commission has determined that Romania has granted them State aid, but, when making their investment, they had as investors sufficient means of knowledge to make them aware of the risks which could be posed by the State aid rules, which were established principles of EU law at that time. In addition, given that the Commission’s Decision provides for Romania to recover any amount paid under the Award, the benefits of execution at this stage would be entirely circular. I do not consider that it could have been the intention of the ICSID Convention to require courts under Article 54 to enforce a judgment without giving a reasonable amount of time for the position to be clarified. No one has suggested that the GCEU proceedings are bound to be determined against the Commission. It does not meet the ends of justice to insist on enforcement in those circumstances.”

Este tipo de reflexiones no son necesarias para valorar la ejecución o suspensión de un Laudo pero demuestra la difícil exégesis que tiene que realizar el tribunal para bascular entre el Convenio CIADI y el Derecho comunitario. En el fondo, lo que está razonando la Juez es que Micula no podía confiar legítimamente en el mantenimiento de su inversión. Y sobre eso, precisamente, se había pronunciado con efectos de cosa juzgada el Tribunal Arbitral.

Finalmente, sobre la prestación de caución, la *Court of Appeal* se plantea cuatro preguntas:

(1) Does the court have power under domestic law to require Romania to provide security as a condition of the stay?

Y la *Court of Appeal* responde: en la medida en que Rumanía se ha sometido y ha aceptado la competencia del Tribunal para que le conceda la suspensión de la ejecución, también está sometida a las posibles exigencias domésticas sobre la suspensión de un procedimiento.

La 2 y la 3 se responden conjuntamente:

(2) If so, does the Commission’s Decision and/or the duty of sincere cooperation under EU law preclude the court from exercising its power to grant a stay on terms that security be provided by Romania?

(3) Was the judge wrong to reject the appellants’ argument that the consequence of Romania failing to comply with an order to provide security need not be a lifting of the stay but that alternative consequences could be determined?

El Tribunal tras ciertos circunloquios por las dudas previsibles sobre la aplicación del “principio de cooperación leal” concluye que este principio sólo le exige que no se ejecute el laudo (ergo, que se suspenda la ejecución). En este sentido, no puede declarar que se levante la suspensión de la ejecución si Rumanía incumple con la resolución que le exija caución.

Rechaza así las afirmaciones de los apelantes acerca de que en caso de que Rumanía no cumpliera con la resolución que le exigiera caución sería Rumanía quien deshonrara el “principio de cooperación leal”.

Sin embargo el Tribunal se plantea: Does EU law preclude any order for security?

La Comisión Europea y Rumanía afirmaban que no podía tampoco exigirse una caución a Rumanía ni siquiera en el caso de que se indicara que no se alzaría la suspensión porque la Decisión de la Comisión Europea de 30 de marzo de 2015 impedía a Rumanía tanto pagar a los demandantes como prestar caución y que en este último caso también se produciría una infracción del Derecho comunitario.

Argumento que fue rechazado por la *Court of Appeal* que concluyó que sí era posible dictar una resolución que exigiera caución a Rumanía; aunque no podría alzar la suspensión en caso de incumplimiento. Sería, pues, una caución vacía de consecuencias.

(4) Accordingly, was the judge wrong to decline to order security?

Sobre la decisión inicial de la *High Court of Justice* de considerar que una resolución exigiendo caución sería contraria a la Decisión de la Comisión Europea de 30 de marzo de 2015:

“We therefore conclude that the judge went wrong in accepting Romania’s contention that there is a material risk that the provision of security would put it in breach of the Commission’s Decision and to treat this as a reason for not requiring Romania to provide security. He should have found that, for the reasons we have given, the provision of security could not reasonably be regarded as a breach of the Commission’s Decision”

Sobre la decisión de la *High Court of Justice* relativa al “*timing issue*”, resuelve la *Court of Appeal* que no existe ningún tipo de confusión ni riesgo por la existencia de procedimientos paralelos (por el hecho de que se hubiera apelado la decisión sobre suspender el procedimiento y aún no hubiera resolución sobre la exigencia o no de caución):

“The second reason which dissuaded the judge from ordering security was what he described as a “timing issue” – the concern being that if the court was asked to take action to enforce an order for security whilst the claimants’ appeal against the grant of a stay was pending, this could be “a recipe for confusion” (judgment, [23](ii)). He thought this “particularly so” as it has remained the appellants’ case on the Stay Appeal to this court that there is no power to grant a stay at all, with or without security. With respect to the judge, we are unable to see why there should have been any risk of confusion. The apparent suggestion that there was some contradiction in the appellants’ position was misplaced. Unless and until it was overturned on appeal, all the parties including the appellants were bound by the judge’s decision that there was power to grant a stay. The appellants were entitled – and indeed bound – to act on the premise that this decision was correct, even though they were appealing against it. If on that premise it was appropriate to make and enforce an order for the provision of security, the fact that the appellants were challenging the premise on appeal could not be a reason to deprive them of such relief.”

Por último, sobre el hecho de que no existía *periculum in mora* porque el TJUE había indicado que daría “carácter prioritario” a la resolución sobre la Decisión de la Comisión Europea de 30 de marzo de 2015. El Tribunal concluye que ese “welcoming development” no empece la concesión de una caución, máxime con el lapso temporal que había transcurrido desde que se otorgó esa prioridad:

“As it is, the Commission’s confidence that the hearing before the GCEU would take place before the end of 2017 proved to be misplaced and the hearing was in fact held in March 2018. Judgment is still awaited. Looked at from the present perspective, therefore, there has been no reduction in the expected length of the delay resulting from the annulment action.”

En consecuencia, y ante la inexistencia de oposición sobre la cuantía de la caución solicitada por Micula, la *Court of Appeal* exigió a Rumanía una caución de 150 millones de libras esterlinas.

“The amount of security which the appellants asked the court to order was £150m, or such sum as the court may think fit (see judgment, [3]). No argument has been advanced by Romania on this appeal that, if the appeal is allowed, the security ordered should be any lesser sum than the £150m sought by the appellants. We will accordingly make an order for security to be provided in this sum. If the parties cannot reach agreement as to the time within which the security is to be provided and the form that it should take, we will receive written submissions on those matters.”

En definitiva, la complejidad del asunto es tal que los tres Jueces de la *Court of Appeal* concluyeron por unanimidad que debía suspenderse el procedimiento, pero utilizaron diferentes argumentos jurídicos para alcanzar esa conclusión. Y, respecto a la exigencia de caución, nada menos que revocaron la decisión de la *High Court of Justice* y concedieron una caución híbrida, pues exigieron 150 millones de libras esterlinas pero no anudaron ninguna consecuencia al hipotético incumplimiento de Rumanía. Sobre la concesión de la caución, acierta de pleno la *Court of Appeal* al no considerarla contraria al Derecho comunitario, pues no olvidamos que el propósito de una caución no es pagar a Micula sino asegurar que cobrarán en caso de que la Decisión de la Comisión Europea fuera revocada; sin embargo, se echa en falta una decisión sobre *periculum in mora* pues la concesión de caución debe sostenerse sobre la base de que existe el riesgo de que Micula no cobraría en caso de que se revocara la Decisión de la Comisión Europea. Es cierto que el tortuoso camino padecido por los apelantes y la férrea oposición de Rumanía incita a otorgar la caución para evitar nuevas demoras. Pero tampoco olvidemos que por los antecedentes del caso, el Ministerio de Hacienda rumano realizó una transferencia superior a los 100 millones de euros sin excesivas dificultades.

No podemos dejar de apuntar que las ejecuciones de Laudos dictados por tribunales arbitrales, en el Reino Unido, serán más sencillas tras el Brexit; puesto que el único impedimento que apunta la *Court of Appeal* es precisamente la posible contravención de la ejecución del Laudo con el Derecho de la UE.

5. Resolución sobre la Decisión de la Comisión Europea

Este periplo de *Micula*, iniciado en 2005, parece llegar a su fin. El 18 de junio de 2019⁴⁶⁷ el TJUE dictó Sentencia sobre la Decisión de la Comisión Europea de 30 de marzo de 2015 por la que se considera que la entrega de cualquier cantidad (o compensación fiscal) a favor de Micula en cumplimiento del Laudo CIADI dictado el 11 de diciembre de 2013 están prohibidas por suponer ayudas de estado.

Como dato curioso, debemos indicar que solo España y Hungría se personaron en apoyo de la Comisión Europea; claramente por el temor a que la Decisión de la Comisión Europea

⁴⁶⁷ STJUE 18 de junio de 2019 *Micula c. Comisión Europea*

fuera revocada y la postura de la Comisión Europea cambiara de signo ante los diferentes procedimientos CIADI iniciados contra ambos países.

Son siete los motivos de impugnación articulados por Micula:

“... en primer lugar, el motivo basado en la incompetencia de la Comisión para adoptar la Decisión impugnada y en la desviación de poder, así como en la infracción del art. 351 TFUE y en la violación de los principios generales del Derecho; en segundo lugar, el motivo basado en la infracción del art. 107 TFUE, apartado 1; en tercer lugar, el motivo basado en la violación del principio de confianza legítima; en cuarto lugar, el motivo basado en la apreciación errónea de la compatibilidad de la medida en cuestión con el mercado interior; en quinto lugar, el motivo basado en la determinación errónea de los beneficiarios de la ayuda y en la falta de motivación; en sexto lugar, el motivo basado en un error de Derecho en lo concerniente a la recuperación de la ayuda, y, en séptimo lugar, el motivo basado en la vulneración del derecho a ser oído y en la infracción del art. 108 TFUE, apartado 3, y del art. 6, apartado 1, del Reglamento n.º 659/1999.”

En la primera parte del recurso está la clave, pues las ayudas concedidas por Rumanía en 1999 son (muy) anteriores a la adhesión de este país a la UE (2007). La Comisión Europea mantenía que la concesión de la indemnización había tenido lugar con posterioridad a la adhesión de Rumanía a la UE, lo cual desestima el TJUE sin excesivos preámbulos:

“(74) De ello se deduce que, mediante el laudo dictado, el tribunal arbitral se limitó a determinar el perjuicio exacto sufrido por los demandantes como consecuencia de la derogación del DU y calculó el importe correspondiente a un derecho a indemnización que se originó en el momento de la comisión por parte de Rumanía de las infracciones en 2005.

(75) De ello resulta que el derecho a recibir la indemnización en el sentido de la jurisprudencia recordada en el anterior apartado 69 se originó en el momento en que Rumanía derogó las iniciativas previstas por el DU en 2005. Así pues, contrariamente a lo sostenido por la Comisión, en particular, en el considerando 134 de la Decisión impugnada, el derecho a la indemnización por daños y perjuicios concedida por el tribunal arbitral no se concedió a los demandantes después de la adhesión de Rumanía a la Unión (véase el anterior apartado 65).”

En suma, el Tribunal arbitral se limitó a constatar si Micula tenía derecho a una indemnización desde que se derogó el Decreto que le concedía ciertas ayudas estatales hasta su teórica expiración el 1 de abril de 2009 y a cuantificar, en su caso, la indemnización a la que Micula tenía derecho.

En consecuencia, la Comisión Europea no tenía competencia para iniciar un procedimiento conforme al art. 108 TFUE para determinar si la decisión de Rumanía de eliminar ayudas estatales en 2005 suponían “ayudas estatales” respecto del Derecho comunitario:

“(79) Pues bien, habida cuenta de que el Derecho de la Unión y, en particular, los arts. 107 TFUE y 108 TFUE no eran aplicables en Rumanía antes de su adhesión a la Unión (véase, en este sentido, la Sentencia de 1 de octubre de 2015, *Electrabel y Dunamenti Erőmű/Comisión*, C-357/14 P, EU:C:2015:642, apartado 64 y jurisprudencia citada), la Comisión no podía ejercer las competencias que le confería el art. 108 TFUE y, en particular, no podía sancionar los incentivos establecidos en el DU para el periodo anterior a la adhesión”.

Y es que por mucho que la indemnización se abonara con posterioridad a la adhesión de Rumanía a la UE, en realidad los derechos se originaron a favor de Micula desde 2005 y hasta el 1 de abril de 2009 (más los intereses correspondientes que pudieran devengarse con posterioridad).

Por tanto, el Tribunal arbitral (a diferencia de lo que ocurrió en *Achmea*) no estaba compelido a aplicar el Derecho comunitario y la Comisión lo aplicó de forma retroactiva respecto de las cantidades correspondientes al periodo comprendido entre el 22 de febrero de 2005 y el 31 de diciembre de 2006 (cantidades *pre* adhesión de Rumanía a la UE):

“(87) A este respecto, procede subrayar que, en el presente asunto, el tribunal arbitral no estaba obligado a aplicar el Derecho de la Unión a los hechos acaecidos con anterioridad a la adhesión en el asunto del que conocía, a diferencia de lo que sucedía en el asunto que dio lugar a la Sentencia de 6 de marzo de 2018, *Achmea* (C-284/16, EU:C:2018:158), apartados 38 a 41.

(88) Asimismo, dado que todos los hechos del litigio que el tribunal arbitral tuvo en cuenta se produjeron con anterioridad a la adhesión, el laudo arbitral no puede tener como efecto la competencia de la Comisión y la aplicabilidad del Derecho de la Unión a tales hechos anteriores en la medida en que produjeron sus efectos antes de la adhesión (véase, en este sentido y por analogía, la Sentencia de 10 de enero de 2006, *Ynos*, C-302/04, EU:C:2006:9, apartados 25 y 36).[...]

(90) No obstante, debe señalarse que los importes concedidos en concepto de indemnización para el período anterior a la adhesión de Rumanía a la Unión, a saber, el período comprendido entre el 22 de febrero de 2005 y el 31 de diciembre de 2006, no pueden constituir una ayuda de Estado en el sentido del Derecho de la Unión. Por consiguiente, en aplicación de la jurisprudencia recordada en los anteriores apartados 69, 79 y 88, procede estimar que la Comisión ejerció sus competencias de forma retroactiva en relación con una situación anterior a la adhesión de Rumanía a la Unión, al menos en lo que atañe a dichos importes.”

Deja abierta en cambio la posibilidad de que (en otro supuesto) las cantidades concedidas por el Tribunal arbitral correspondientes a un periodo posterior (*post* adhesión), sean neutralizadas:

(91) Asimismo, por lo que respecta a los importes concedidos como indemnización del período posterior a la adhesión de Rumanía a la Unión, a saber, el período comprendido entre el 1 de enero de 2007 y el 1 de abril de 2009, aun suponiendo que el pago de la indemnización por daños y perjuicios correspondiente a dicho período pueda calificarse de ayuda incompatible, dado que la Comisión no ha establecido una distinción entre los períodos de indemnización del perjuicio sufrido por los demandantes antes o después de la adhesión, en cualquier caso, se excedió en sus competencias en materia de control de las ayudas de Estado.

A nuestro juicio esta última decisión es incorrecta. El TJUE debía haber sido más tajante porque el derecho a percibir la totalidad de las cantidades (incluidos intereses) nace con la derogación de una norma previa a la entrada de Rumanía en la UE. El hecho de que esos intereses continúen devengándose con posterioridad a la adhesión de Rumanía no implica que el derecho a cobrar esos intereses también sea posterior a la adhesión de Rumanía a la UE.

La segunda parte debatida (si la indemnización concedida mediante Laudo CIADI constituía una ayuda estatal) fue revocada por idéntico motivo:

“(108) Así pues, habida cuenta de que la indemnización de que se trata cubría, al menos parcialmente, un período anterior a la adhesión (comprendido entre el 22 de febrero de 2005 y el 1 de enero de 2007) y de que, entre los importes que debían recuperarse, la Comisión no distinguió entre los correspondientes al período anterior a la adhesión y los correspondientes al período posterior a la adhesión, la decisión por la que calificó de ayuda la totalidad de la indemnización adolece necesariamente de ilegalidad.

(109) De ello resulta que la Decisión impugnada adolece de ilegalidad en la medida en que calificó de ventaja y de ayuda a efectos del art. 107 TFUE la atribución, por parte del tribunal arbitral, de una indemnización por daños y perjuicios destinada a compensar los daños resultantes de la retirada de las medidas de incentivo fiscal, al menos para el período anterior a la fecha de entrada en vigor del Derecho de la Unión en Rumanía.”

El hecho de que el *TJUE* haya concluido que el asunto *Micula* no puede juzgarse bajo el prisma del Derecho comunitario porque las ayudas estatales son anteriores a la adhesión de Rumanía a la UE ha dejado imprejuizadas varias cuestiones relevantes; en particular, qué hubiera ocurrido en el supuesto de que las ayudas estatales fueran posteriores a la entrada de Rumanía a la UE. ¿Habría impedido el TJUE la ejecución de un Laudo CIADI? ¿Podría ocurrir lo mismo si otros sistemas de integración económica (i.e. MERCOSUR, NAFTA) desarrollaran un sistema de prohibición de ayudas estatales similar al de la Comisión Europea y se confrontara la ejecución de un Laudo CIADI con el propio derecho generado por ese sistema?

Lo que al final está en juego es la propia credibilidad del arbitraje de inversiones y su utilidad como mecanismo de protección de las inversiones extranjeras. Porque lo que hoy para la UE es un sistema casi perverso cuando afecta a la relación de los Estados Miembros, en su día era el medio más idóneo de protección de inversiones extranjeras. Recordemos que incluso la Comisión Europea animó a Rumanía a suscribir APPRIs con otros Estados Miembros antes de su adhesión a la UE.

Lo anterior no quita a que dentro de la UE, tras la asunción de determinadas competencias exclusivas como la PCC o la promulgación de normas comunitarias como el Reglamento 1219/2012, los APPRIs intra-EU se consideren incompatibles con el Derecho de la UE. De lo cual *Achmea* es el máximo exponente.

V. El asunto *Achmea* (Eureko)

1. *Procedimiento arbitral*

Achmea B.V. (antes, *Eureko* B.V.) inició en octubre de 2008 un arbitraje frente a la República de Eslovaquia que se sustanció ante la Corte Permanente de Arbitraje con el número de autos PCA Case No. 2008–13 bajo el Reglamento UNCITRAL, con sede en Frankfurt. En dicho arbitraje *Achmea* reclamó unos 65 millones de euros. La razón era que tras una reforma de su sistema sanitario en el año 2004, la República Eslovaca abrió el mercado eslovaco a las compañías nacionales y extranjeras que ofrecen seguros de sanidad privados. *Achmea* fue admitida como operadora de seguros de sanidad privado y constituyó una filial en Eslovaquia (*Union Healthcare*), a la que dotó con cerca de 72 millones de euros, a través de la cual ofrecía estos seguros. En 2006 cambió el gobierno de la República de Eslovaquia y dejó sin efecto la liberalización del mercado de seguros de sanidad privados. Primero prohibió la intervención de corredores de seguros, luego prohibió la distribución de beneficios derivados de la actividad del seguro de sanidad y, por último, la venta de carteras de seguros. Finalmente el Tribunal Constitucional de la República de Eslovaquia dictó Sentencia el 26 de enero de 2011, mediante la que declaró que la prohibición legal de distribución de beneficios era inconstitucional. Mediante una ley de reforma del seguro de sanidad que entró en vigor el 1 de agosto de 2011, la República Eslovaca volvió a autorizar la distribución de beneficios.

Cuando se dictó la Sentencia del Tribunal Constitucional de la República de Eslovaquia el arbitraje ya se encontraba en un estadio avanzado del procedimiento e incluso se había dictado Laudo parcial sobre la competencia del Tribunal Arbitral el 26 de octubre de 2010⁴⁶⁸.

Así, la República de Eslovaquia cuestionó la competencia del Tribunal Arbitral sobre la base de que era un arbitraje intra-UE y, por tanto, era competente el TJUE exclusivamente. Lo basaba en la aplicación de los arts. 30 y 59 del Convenio de Viena sobre Derecho de los tratados, de 1969 al entender que al APPRI suscrito entre Holanda y la República de Eslovaquia de 29 de abril de 1991 había quedado derogado como consecuencia de la adhesión de la República de Eslovaquia a la UE el 1 de mayo 2004 y que por tanto las relaciones entre Holanda y la República de Eslovaquia, a partir de ese día, quedaban gobernadas por los tratados europeos y no el citado APPRI. Añadía, además, que (i) el Tribunal arbitral carecía de jurisdicción porque la cláusula arbitral es incompatible con el Tratado Constitutivo de las Comunidades Europeas, el principio de autonomía del Derecho comunitario y el principio de primacía del Derecho comunitario y (ii) que la materia no era arbitrable conforme al Derecho interno alemán (lugar de la sede).

Para mayor interés del derecho internacional, el APPRI lo había suscrito Checoslovaquia con Países Bajos puesto que la República de Eslovaquia devino independiente el 1 de enero de 1993 (si bien había sido ratificado luego por la República de Eslovaquia).

Tanto el Gobierno de los Países Bajos como la Comisión Europea fueron invitados por el Tribunal Arbitral para que formularan alegaciones sobre la competencia del tribunal.

⁴⁶⁸ PCA Case No. 2008–13, *Eureko (Achmea) B.V. c. la República de Eslovaquia*. Laudo Parcial de 26 de octubre de 2010.

El Gobierno de los Países Bajos manifestó que el APPRI continuaba en vigor:

“The Netherlands affirms again that the BIT in question in this dispute continues to be fully in force. Consequently, there is also no reason to doubt the jurisdiction of the Arbitral Tribunal in this dispute. Accordingly, Article 8 of the BIT, which prescribes international arbitration as a dispute settlement tool for disputes between an investor and a Contracting Party, is fully applicable. In the view of The Netherlands, European Union law aspects cannot and do not affect in a way the existing jurisdiction of this Arbitral Tribunal. Thus, this Arbitral Tribunal should fully exercise its jurisdiction and adjudicate this dispute.”

La Comisión Europea, por su parte, manifestó que aunque era deseable la terminación del APPRI, no había ocurrido entonces⁴⁶⁹:

“With respect to the BIT in this arbitration, the Commission states that “both EU Member States should terminate this type of bilateral agreement.” However, the Commission acknowledges that neither party appears to have taken any decisive step formally to terminate this BIT. The Commission does not discern in the 2003 Act of Accession any intention of the parties to abrogate earlier intra-EU BITs. The Commission thus agrees that “the entire Dutch-Slovak BIT has not been implicitly terminated or suspended by virtue of Article 59(1) of the Vienna Convention.” However, the Commission argues that “EU law prevails, which means that private parties are not entitled to rely on EU-inconsistent provisions of this agreement.”

Pero recomendaba la suspensión del arbitraje:

“The Commission suggests that this Tribunal suspend the present arbitration because:

(i) EU law forms part of the law that this Tribunal must apply by virtue of Article 8(6) of the BIT and the fact that Eureko itself invokes EU law; (ii) the EU law to be applied includes the principle of exclusive competence of the EU courts in respect of disputes between EU law subjects that involve EU law; (iii) the Commission has already opened an infringement case against the Slovak Republic in connection with Eureko’s complaints; and (iv) the “considerations of mutual respect and comity” form part of the general principles of law that the Tribunal must apply by virtue of Article 8(6) of the BIT.”

El Tribunal Arbitral rechazó todas las objeciones a su competencia planteadas por la República de Eslovaquia:

i) Sobre la aplicación del art. 59 Convenio de Viena sobre Derecho de los tratados, de 1969 y la consecuente terminación del APPRI:

a) Sobre la comunicación efectuada por la República de Eslovaquia acerca de la terminación del APPRI y que podría suponer una eventual denunciada del APPRI:

“In the present case it is not “another party” to the treaty that is alleging its violation. Claimant is not a party to the BIT, which was concluded by the Netherlands and (via the initial ratification by Czechoslovakia) the Slovak Republic, now Respondent. It is, however, not necessary for the Tribunal to decide whether VCLT Article 65(5) would permit Respondent to give a notification of invalidity in answer to a request for arbitration made by an investor under the BIT, because the Tribunal considers that in any event the other conditions for the application (and hence the invocation under Article 65) of VCLT Article 59 are not met.”

b) Sobre el posible desplazamiento del APPRI por aplicación del Derecho comunitario tras la entrada de la República de Eslovaquia en la UE, el Tribunal Arbitral no aprecia que sean tratados incompatibles o yuxtapuestos:

⁴⁶⁹ *Op. cit* , ap. 187

“Moreover, the BIT establishes extensive legal rights and duties that are neither duplicated in EU law nor incompatible with EU law. The protections afforded to investors by the BIT are, at least potentially, broader than those available under EU law (or, indeed, under the laws of any EU Member State). Those rights and duties are central to the purpose of the BIT. This, too, indicates that no intention that EU law should entirely displace the BIT can be inferred.”

ii) Sobre la aplicación del art. 30 Convenio de Viena sobre Derecho de los tratados, de 1969:

“More importantly, it is difficult to see how Article 30 could deprive the Tribunal of jurisdiction based upon the Parties’ consent derived from Article 8 of the BIT (whether operating the first stage, second stage or both), even if there may be circumstances in which a true incompatibility between the BIT and EU law arises. Any such incompatibility would be a question of the effect of EU law as part of the applicable law and, as such, a matter for the merits and not jurisdiction. [...]”

There is, however, no rule of EU law that prohibits investor–State arbitration. Far from it: transnational arbitration is a commonplace throughout the EU, including arbitrations between legal persons and States; and the European Court of Justice has given several indications of how questions of EU law should be handled in the course of arbitrations, including important questions of public policy.¹⁹⁹ It cannot be asserted that all arbitrations that involve any question of EU law are conducted in violation of EU law.”

a) Inaplicación del APPRI por la primacía del Derecho comunitario:

“The argument that the ECJ has an “interpretative monopoly” and that the Tribunal therefore cannot consider and apply EU law, is incorrect. The ECJ has no such monopoly. Courts and arbitration tribunals throughout the EU interpret and apply EU law daily. What the ECJ has is a monopoly on the final and authoritative interpretation of EU law: but that is quite different. Moreover, even final courts are not obliged to refer questions of the interpretation of EU law to the ECJ in all cases. The acte clair doctrine is well–established in EU law”⁴⁷⁰

b) Inarbitrabilidad de la disputa bajo Derecho alemán:

“The Tribunal has found that EU law does not deprive it of jurisdiction; and accordingly, as already indicated above, the jurisdictional objection based on German law must also fail in limine”⁴⁷¹.

Sobre la petición de la Comisión Europea de suspender el procedimiento hasta recabar un pronunciamiento de dicho organismo, no la consideró adecuada por la posible ineficiencia y los daños que podría causar a las partes, si bien consideró que la aplicación del Derecho europeo sería una cuestión de fondo y que ya entonces podría reconsiderar la postura de la Comisión Europea:

“The Tribunal has considered whether it would be appropriate to suspend these arbitration proceedings until the EU Commission and/or the ECJ have come to decision on the EU law aspects of the infringement case. While the Tribunal wishes to organise its proceedings with full regard for considerations of mutual respect and comity as regards other courts and institutions, it does not consider that the questions in issue in the infringement case are so far coextensive with the claims in the present case that it is appropriate to suspend its proceedings now. Should it become evident at a later stage that the relationship between the two sets of proceedings is so close as to be a cause of procedural unfairness or serious inefficiency, the Tribunal will reconsider the question of suspension.”

⁴⁷⁰ *Op. cit.*, ap. 282

⁴⁷¹ *Op. cit.*, ap. 285

La República de Eslovaquia instó la anulación del Laudo parcial sobre competencia y jurisdicción que fue rechazado por el Oberlandesgericht Frankfurt am Mein (Tribunal Superior Regional Civil y Penal de Fráncfort del Meno, Alemania).

El 7 de diciembre de 2012 se dictó Laudo final por el que se condenó a la República de Eslovaquia a pagar a Achmea 22,1 millones de euros más intereses y costas⁴⁷². Aunque se planteó de nuevo por parte de Achmea la posible incompatibilidad del APPRI con el Derecho de la UE, fue desestimada esta objeción junto con el resto de objeciones de jurisdicción pendientes.

2. Cuestión prejudicial sobre la posibilidad del arbitraje intra-UE

La República de Eslovaquia interpuso una acción de anulación contra el laudo final ante el Oberlandesgericht Frankfurt am Mein. Dicho tribunal desestimó el recurso mediante Sentencia que fue recurrida en casación por la República de Eslovaquia ante el Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Civil y Penal, Alemania). Este planteó la cuestión prejudicial acerca de las siguientes cuestiones:

“1) ¿Se opone el art. 344 TFUE a la aplicación de una norma incluida en un tratado bilateral de protección de la inversión entre Estados miembros de la Unión (un denominado “TBI interno de la Unión”) con arreglo a la cual un inversor de un Estado parte, en caso de controversia sobre inversiones en el otro Estado parte, puede iniciar un procedimiento contra este último ante un tribunal arbitral, cuando el tratado bilateral de protección de la inversión se celebró antes de la adhesión de uno de los Estados parte a la Unión pero el procedimiento arbitral se pretende iniciar después de dicha adhesión?

En caso de respuesta negativa a la primera cuestión:

2) ¿Se opone el art. 267 TFUE a la aplicación de tal norma?

En caso de respuesta negativa a las cuestiones primera y segunda:

3) ¿Se opone el art. 18 TFUE, párrafo primero, a la aplicación de tal norma en las circunstancias descritas en la primera cuestión?”

3. Conclusiones abogado general

Antes de dar respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas, el abogado general, en sus conclusiones da cuenta del calado de la problemática planteada, pues existen dos grupos de Estados miembros que sostienen posturas contradictorias.

El primer grupo estaría formado por la República Federal de Alemania, la República Francesa, el Reino de los Países Bajos, la República de Austria y la República de Finlandia que serían favorables al arbitraje de inversión intra-UE; mientras que el segundo grupo estaría formado por la República Checa, la República de Estonia, Grecia, el Reino de España, la República italiana, la República de Chipre, la República de Letonia, Hungría, la República de Polonia, Rumanía que han defendido la postura sostenida por la República de Eslovaquia.

Este segundo grupo que sostiene la incompatibilidad de los APPRI intra-UE con el Derecho de la UE; sin embargo, curiosamente, solo Italia ha puesto fin a sus APPRI intra-UE (con excepción del suscrito con Malta).

⁴⁷² PCA Case No. 2008–13, *Achmea B.V. c. República de Eslovaquia*. Laudo final de 7 de diciembre de 2012.

El abogado general, en su interrogatorio a la República de Eslovaquia constató, además, que no denunciaba sus APPRIs firmados con otros Estados miembros que sostenían, como ella, que eran incompatibles con el Derecho de la Unión, para evitar que sus propios inversores fueran víctimas de una discriminación en relación con los inversores de los demás Estados miembros en los Estados miembros con los que ya no tuviera APPRI. Es decir, reconocía que mantenía estos APPRIs aunque solo fuera para que sus inversores pudieran valerse de los mismos. También constató que la Comisión Europea alentó la firma de los APPRIs intra-UE durante mucho tiempo. Manifestando, incluso, que eran instrumentos necesarios para preparar la adhesión a la Unión de los países de Europa central y oriental. Si bien al respecto la Comisión Europea manifestó que, en efecto, en un principio eran necesarios para una adhesión poco traumática, pero que paulatinamente devendrían incompatibles con el TUE y el TFUE.

Respecto al TCE, tanto los Estados miembros (todos) como la UE a título individual habían ratificado el TCE. El abogado general constató que es un tratado multilateral aplicable tanto entre un Estado miembro y un tercer país suscribiente como a las relaciones entre los Estados miembros. Por tanto, según concluye el abogado general el mecanismo ISDS también resulta de aplicación a las relaciones intra-UE.

Sobre la compatibilidad del art. 8 del APPRI entre Países Bajos y la República de Eslovaquia que permite a un inversor nacional de los Países Bajos acudir a un arbitraje de inversión, el abogado general invierte el orden de las cuestiones prejudiciales y primero se plantea:

i) ¿Es compatible con el principio de no discriminación instituido en el art. 18 TFUE?

Recordemos el contenido de este artículo:

“En el ámbito de aplicación de los Tratados, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en los mismos, se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad. El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, podrán establecer la regulación necesaria para prohibir dichas discriminaciones”

El abogado general concluye que no es discriminatorio. En primer lugar, alude a que la República de Eslovaquia tiene varios APPRIs suscrito con otros Estados miembros con la eventual discriminación solo existiría respecto a aquellos países con los que no tiene suscritos APPRIs.

En segundo lugar, realiza una analogía con los convenios de doble imposición suscritos entre países de la UE. Así, invoca la Sentencia de 5 de julio de 2005, (C-376/03, EU:C:2005:424) relativa a la negativa de las autoridades de los Países Bajos a conceder la aplicación de una cantidad exenta en el impuesto sobre el patrimonio a un nacional alemán que había invertido en bienes inmuebles situados en los Países Bajos. En particular se alegaba la existencia de una discriminación pues a los nacionales belgas que habían efectuado inversiones similares en los Países Bajos sí se les concedía tal ventaja conforme al Convenio de Doble Imposición suscrito entre Bélgica y los Países Bajos.

El abogado general recuerda:

“(68) El Tribunal de Justicia recordó primeramente que «la [...] cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente parte de la premisa de que un no residente como el Sr. D. no se encuentra en una situación comparable a la de un residente en los Países Bajos. La cuestión persigue que se determine si la

situación del Sr. D. puede compararse a la de otro no residente que tenga derecho a un trato particular en virtud de un convenio para evitar la doble imposición».

(69) Sobre este particular, el Tribunal de Justicia declaró que «el hecho de que [lo]s derechos y obligaciones recíprocos [creados por el CDI Países Bajos/Bélgica] sólo se apliquen a las personas residentes en uno de los dos Estados miembros contratantes es una consecuencia inherente a los convenios bilaterales para evitar la doble imposición. De ello se desprende que un sujeto pasivo residente en Bélgica no se encuentra en la misma situación que un sujeto pasivo residente fuera de Bélgica por lo que respecta al impuesto sobre el patrimonio determinado en función de los bienes inmuebles situados en los Países Bajos».

La Comisión Europea consideraba que este supuesto no era aplicable analógicamente por tratarse de materia fiscal. Esta materia no fue abordada luego por el TJUE en su Sentencia de 6 de marzo de 2018. Lo cierto es que la conculcación del principio de no discriminación siempre ha orbitado sobre la validez de los APPRIS intra-UE por el hecho de que solo pueden ser invocados por los residentes firmantes. No es un asunto de fácil solución. Es cierto, por un lado, que ofrecen una alternativa adicional a los órganos jurisdiccionales convencionales. Sin embargo, ello supondría que también los convenios bilaterales (de cualquier tipo) fueran discriminatorios porque ofrecerían al residente en un país un beneficio incluso respecto de sus propios nacionales. Por seguir este mismo ejemplo de los APPRIS, se produciría una discriminación también respecto a los nacionales eslovacos que no pueden impetrar la intervención de un Tribunal Arbitral en caso de que consideren que se les ha expropiado una inversión y tienen que acudir a sus propios mecanismos contenciosos ordinarios.

Aquí está una de las claves. El art. 18 TFUE comienza indicando “*en el ámbito de aplicación de los Tratados*” con lo cual aquello que no recaiga sobre materias que abordan los Tratados no podrá ser considerado contrario al art. 18 TFUE. Y las disputas que surgen en el marco de un APPRI no tienen por qué recaer en el ámbito de aplicación de los Tratados, con lo que en abstracto no deberían considerarse discriminatorios. Y en el momento de dictarse el Laudo Achmea ni siquiera la UE tenía competencia exclusiva en materia de inversiones directas. Además, al igual que ocurre, por ejemplo, con el Tribunal de Benelux, tampoco es discriminatorio respecto al resto de nacionales de Estados miembros.

Hay una cuestión adicional que tampoco debe pasar desapercibida: la Comisión Europea negoció la adhesión de la República de Eslovaquia y los APPRIS intra-UE no fueron discutidos, no fueron considerados contrarios a los Tratados ni se instó a su denuncia por parte de la Comisión Europea. Estos actos propios de la Comisión Europea deben adquirir relevancia cuando un inversor funda su denuncia en un APPRI, porque de otra manera la actuación retroactiva de la Comisión Europea limitaría los derechos de los inversores. Máxime cuando no se habían considerado incompatibles otros convenios bilaterales y todo ellos, por definición, generan una situación de desigualdad respecto a los nacionales del resto de Estados miembros.

Se nos antoja que las conclusiones del abogado general, aunque originales, son demasiado superficiales. Precisamente la no discriminación de por nacionalidad es uno de los pilares del TFUE. E indicar que el hecho de que los nacionales de la República de Eslovaquia no están en la misma situación que el resto de nacionales de Estados miembros y que por tanto la “no discriminación” no se produce porque hay que comparar entre iguales, es especialmente difícil de aceptar en el marco de la UE.

Además, en el asunto *Hertogenbosch*⁴⁷³ el abogado general (Ruiz-Jarabo) había manifestado que eliminar la doble imposición era un objetivo de la UE pero que existía barrera por la falta de armonización fiscal, con lo que el caso era difícil de asimilar a *Achmea*.

“La erradicación del fenómeno de la doble imposición es un objetivo del Tratado, íntimamente ligado a la construcción del mercado interior.

No obstante, como el Tribunal de Justicia ha recordado en la Sentencia Gilly, hasta el día de hoy, abstracción hecha del Convenio de 23 de julio de 1990, relativo a la supresión de la doble imposición en caso de corrección de los beneficios de empresas asociadas, no se ha adoptado en la Unión ninguna medida de unificación ni de armonización encaminada a eliminarla.”

Por lo que los convenios sobre doble imposición son necesarios para cumplir con los objetivos principales de la UE sobre libre movimiento de capitales y el supuesto no era asimilable a la “no discriminación” que debía defenderse en *Achmea*.

ii) Sobre la incompatibilidad con el art. 267 TFUE (planteamiento cuestión prejudicial):

El abogado general considera que existe cierta flexibilidad a la hora de considerar que un Tribunal Arbitral puede plantear una cuestión prejudicial.

“(87) Sobre la base de dichos criterios, los tribunales arbitrales no quedan automáticamente excluidos del concepto de «órgano jurisdiccional de un Estado miembro», en el sentido del art. 267 TFUE. En efecto, aunque en varias ocasiones el Tribunal de Justicia se ha negado a responder a una cuestión prejudicial planteada por árbitros, (75) también ha declarado admisibles, basándose en un examen de cada caso particular, las cuestiones prejudiciales formuladas por tribunales arbitrales en los asuntos que dieron lugar a las Sentencias de 17 de octubre de 1989, *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark* (109/88, EU:C:1989:383), y de 12 de junio de 2014, *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta* (C-377/13, EU:C:2014:1754), y al auto de 13 de febrero de 2014, *Merck Canada* (C-555/13, EU:C:2014:92).

(88) Los dos últimos casos dejan entrever una apertura en los criterios de admisibilidad con respecto al arbitraje particular-Estado (Sentencia de 12 de junio de 2014, *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta*, C-377/13, EU:C:2014:1754), (76) y con respecto al arbitraje internacional (auto de 13 de febrero de 2014, *Merck Canada*, C-555/13, EU:C:2014:92).”

Los argumentos que ofrece el abogado general sobre este particular son muy débiles. Es cierto que existe una mayor flexibilidad a la hora de interpretar el concepto de “órgano jurisdiccional” a los efectos del art. 267 TFUE. Pero también lo es que los tribunales arbitrales privados (no tribunales arbitrales administrativos), y más en supuestos *ad hoc* no tienen capacidad de plantear una cuestión prejudicial. En cambio (y aquí debería sostenerse la defensa de cumplimiento con el art. 267 TFUE) la ejecución de un Laudo o incluso la acción de anulación –en CIADI sería distinto porque tiene sus propios mecanismos anulatorios– requiere la intervención de los órganos jurisdiccionales del Estado y estos sí pueden plantear una cuestión prejudicial cuando consideren que se ha infringido el Derecho de la UE.

La Sentencia del TJUE, que luego examinaremos, se basa precisamente en la imposibilidad de plantear la cuestión prejudicial por el Tribunal Arbitral para concluir que no es compatible con el Derecho de la UE porque no se garantiza que vaya a ser aplicado en su plenitud.

⁴⁷³ STJUE 28 de septiembre de 2006, *Hertogenbosch* C-150/05, conclusiones abogado general D. Ruiz-Jarabo Colomer, 26 octubre de 2004.

iii) Finalmente, respecto al art. 344 TFUE, recordemos su contenido:

“Los Estados miembros se comprometen a no someter las controversias relativas a la interpretación o aplicación de los Tratados a un procedimiento de solución distinto de los previstos en los mismos.”

Recordemos también que en el Laudo parcial sobre competencia y jurisdicción el Tribunal Arbitral examinó la jurisprudencia de la UE (en particular, el caso *MOX Plant*) y concluyó que en dicho supuesto el conflicto se había suscitado entre dos países (Reino Unido e Irlanda) y no era un conflicto entre un particular de un país y otro país, en cuyo caso no resultaba de aplicación tal doctrina:

“Reference was made to the ruling of the ECJ in the MOX Plant case, that by virtue of Article 344 TFEU (ex Article 292 TEC) and the principle of loyalty the ECJ had exclusive jurisdiction over disputes between two Member States. Whatever the implications of that ruling might be for Article 10 of the BIT, which is concerned with disputes between the BIT Contracting Parties, the ruling is not applicable to disputes under Article 8, which are not disputes between Contracting Parties but investor–State disputes. There is no suggestion here that every dispute that arises between a Member State and an individual must be put before the ECJ; nor would the ECJ have the jurisdiction (let alone the capacity) to decide all such cases.”⁴⁷⁴

Idéntica conclusión alcanzó el Tribunal de Frankfurt que se deduce en los antecedentes del Laudo Final:

“74. The Oberlandesgericht held that Article 344 TFEU (prohibiting EU Member States from submitting a dispute concerning the interpretation or application of the TEU or TFEU to any method of settlement other than those set forth in the Treaties) was applicable only to disputes between EU Member States and not in the context of the investor–State dispute at hand [...] The Oberlandesgericht also observed that a reference to the ECJ was unnecessary as the Oberlandesgericht had no reasonable doubts regarding the interpretation of Article 344 TFEU.”

El escrutinio realizado tanto por el Tribunal Arbitral como por el Oberlandesgericht sirvió al Abogado General para mantener que la compatibilidad de los tribunales arbitrales con el art. 344 TFUE. El abogado general lo sostuvo incluso con cita de otros supuestos en los que se han validado tribunales que tenían por objeto conocer litigios que enfrentaban a particulares o a particulares y Estados miembros:

“146. De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende claramente que las controversias entre Estados miembros, (105) así como entre los Estados miembros y la Unión, (106) están contempladas en el art. 344 TFUE. En cambio, los litigios entre particulares no lo están, aun cuando el órgano jurisdiccional que deba resolverlos haya de tener en cuenta o aplicar el Derecho de la Unión.

147. En efecto, como consideró el Tribunal de Justicia en relación con el proyecto de acuerdo sobre el tribunal europeo y comunitario de patentes, «la creación del [tribunal europeo y comunitario de patentes] tampoco puede entrar en conflicto con el art. 344 TFUE, ya que éste se limita a prohibir a los Estados miembros que sometan las controversias relativas a la interpretación o aplicación de los Tratados a un procedimiento de solución distinto de los previstos en éstos. Ahora bien, las competencias que el proyecto de acuerdo prevé atribuir al [tribunal europeo y comunitario de patentes] sólo tendrían como objeto los litigios entre particulares en materia de patentes».”

Y subraya la particular similitud que ofrece con el Convenio Europeo de Derechos Humanos:

⁴⁷⁴ Ap. 276.

“151. El dictamen 2/13 (Adhesión de la Unión al CEDH), de 18 de diciembre de 2014 (EU:C:2014:2454), reviste especial importancia en este aspecto, dado que, aun cuando el art. 6 TUE, apartado 2, prevé la adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 (en lo sucesivo, «CEDH»), esta adhesión sería incompatible con el art. 344 TFUE si las controversias entre particulares y Estados miembros, que son las más típicas de las que conoce el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, estuvieran incluidas en esta última disposición.”

La Comisión Europea, por su parte, se defendía indicando que en realidad se trataba de un conflicto interestatal porque el inversor no ejerce un derecho propio sino un derecho atribuido por el APPRI a su Estado de origen.

Además, recordemos que el art. 344 TFUE versa sobre la interpretación y la aplicación de las propias disposiciones del Derecho de la UE, lo cual no tiene por qué darse en los supuestos recogidos en los APPRIs y sometidos a decisión arbitral. Es decir, siempre que un inversor inste un procedimiento arbitral, la interpretación y la aplicación de las propias disposiciones del Derecho de la UE no tiene por qué entrar en juego. De esa opinión era también el propio Tribunal Supremo alemán al elevar la cuestión prejudicial.

El abogado general realiza un paralelismo entre las disposiciones del APPRI suscrito entre Países Bajos y la República de Eslovaquia para concluir que abordan materias distintas y, en ocasiones distantes. Si bien respecto al trato justo y equitativo o al principio de no discriminación, el abogado general manifiesta la protección más amplia que ofrece el APPRI:

“196. En cambio, la protección concedida a los inversores por los TBI en el ámbito de la fiscalidad directa es más amplia que en Derecho de la Unión, al no referirse únicamente a un trato fiscal discriminatorio sino también a cualquier imposición que pueda vulnerar las garantías de trato justo y equitativo, de trato de la nación más favorecida, de protección y seguridad plenas y completas, y a cualquier expropiación indirecta realizada so capa de imposición.

197. Por ejemplo, un accionista minoritario en una sociedad establecida en otro Estado miembro y expropiada en dicho Estado a través de la fiscalidad directa no está protegido por las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado FUE, dado que su participación no le confiere el control de la sociedad que es objeto de las medidas de expropiación y por ello no está comprendido en la libertad de establecimiento. Además, como las medidas fiscales se refieren únicamente a la sociedad, serían aplicables a una situación puramente interna, con lo que las disposiciones del Tratado FUE relativas a la libre circulación de capitales pasarían a ser inaplicables. Al no ser aplicables las disposiciones del Derecho de la Unión, la Carta y su art. 17 tampoco lo son.”

Pero termina reconociendo, como no puede ser de otra manera, el solapamiento parcial en determinadas materias:

“En cuanto a las demás normas de protección material de las inversiones, a saber, la protección y seguridad plenas y completas, el trato justo y equitativo de las inversiones y la prohibición de expropiaciones ilegales, ha de subrayarse que su solapamiento con el Derecho de la Unión es meramente parcial y no da lugar a ninguna incompatibilidad con éste. Al contrario, al igual que las libertades fundamentales, tales normas también fomentan los movimientos de capitales entre Estados miembros. A priori, son compatibles con el mercado interior”.

Y es que resulta innegable que la protección que dispensa la UE y la que dispensan los APPRIs funciona como círculos secantes.

El abogado general se plantea una última pregunta:

¿Tiene el TBI Países Bajos/República Checa, vista su finalidad, el efecto de menoscabar el orden de competencias establecido en los Tratados UE y FUE y, en consecuencia, la autonomía del sistema jurídico de la Unión?

Y lo responde planteando primero las razones de la autonomía del Derecho comunitario:

“234. Para garantizar la preservación de las características específicas y de la autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión, los Tratados han establecido un sistema jurisdiccional dirigido a garantizar la coherencia y unidad en la interpretación del Derecho de la Unión, que encomienda a los órganos jurisdiccionales nacionales y al Tribunal de Justicia la función garantizar la plena aplicación del Derecho de la Unión en el conjunto de los Estados miembros, así como la tutela judicial de los derechos que dicho Derecho confiere a los justiciables.

235. En ese contexto, «la piedra angular del sistema jurisdiccional así concebido es el procedimiento de remisión prejudicial contemplado en el art. 267 TFUE, que, al establecer un diálogo de juez a juez precisamente entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, tiene como finalidad garantizar la unidad de interpretación del Derecho de la Unión [...], permitiendo de ese modo garantizar su coherencia, su plena eficacia y su autonomía, así como, en última instancia, el carácter propio del Derecho instituido por los Tratados [...]».

Es aquí, tras esta exposición, donde el abogado general analiza si en algún momento desde el inicio del arbitraje hasta su ejecución final, puede examinarse el Derecho de la UE por la vía de la cuestión prejudicial. Y empieza por lo obvio, la ejecución y la acción de anulación, que ya ha sido objeto de análisis respecto de los arbitrajes comerciales (*Eco Swiss*, *Nordsee* o *Gazprom*):

“238. Debe señalarse primero que, pese a su carácter vinculante, ningún laudo arbitral puede ejecutarse sin el concurso del Estado, que, en el caso del arbitraje de inversión, pone sus mecanismos de ejecución a disposición del inversor.

239. En el caso del art. 8 del TBI Países Bajos/República Checa, los laudos emitidos por los tribunales arbitrales no pueden eludir el control de los órganos jurisdiccionales estatales. Tal control puede verificarse en el marco de un recurso de anulación contra el laudo arbitral ante los órganos jurisdiccionales de la sede del arbitraje o en el marco de una oposición a una solicitud de reconocimiento y de ejecución del mismo ante los órganos jurisdiccionales de los países en los que se solicite el reconocimiento y la ejecución del laudo con arreglo a la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, firmada en Nueva York el 10 de junio de 1958 (189) (en lo sucesivo, «Convención de Nueva York»).

Y cita los ejemplos paradigmáticos que ya hemos analizado al desarrollar la posibilidad de plantear la cuestión prejudicial por parte de los árbitros:

“244. Además, los asuntos que dieron lugar a las Sentencias de 1 de junio de 1999, *Eco Swiss* (C-126/97, EU:C:1999:269), y de 7 de julio de 2016, *Genentech* (C-567/14, EU:C:2016:526), se suscitaron en el marco de recursos de anulación contra laudos arbitrales, mientras que el asunto que dio lugar a la Sentencia de 13 de mayo de 2015, *Gazprom* (C-536/13, EU:C:2015:316), traía causa de una oposición a una solicitud de reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral. Esto demuestra que, cualesquiera que sean los procedimientos, los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros y de la Unión tienen la posibilidad de garantizar la uniformidad en la interpretación del Derecho de la Unión y el cumplimiento de las normas de orden público europeo, tanto en materia de competencia, como en otros ámbitos del Derecho de la Unión.”

En efecto, no es la primera vez que suscita la incompatibilidad de un laudo arbitral con el Derecho de la UE; entre otras, por la imposibilidad de los árbitros de plantear la cuestión prejudicial. Sin embargo, en los arbitrajes comerciales la postura del TJUE había sido

abierta e invitaba a pensar que en el caso de Achmea, al existir un escrutinio posterior por parte de los órganos judiciales alemanes (bien por anulación, bien por ejecución), se garantizaba el respeto al Derecho de la UE.

Esta justificación tenía un problema enorme: dificultaría la compatibilidad de los arbitrajes CIADI al tener su propio sistema de anulación del Laudo en el que los árbitros no podrían plantear la cuestión prejudicial. Además, existía otra fisura, puesto que Achmea siempre podría ejecutar el Laudo en un lugar distinto al de la sede y, por tanto, fuera del control de los órganos judiciales de los Estados miembros.

Para evitar esta cuestión que traslucía de sus argumentos, el abogado general mencionó los propios remedios del TFUE para evitar el incumplimiento del Derecho de la UE:

“255. Dicho esto, la eficacia del sistema jurisdiccional de la Unión permanecería incólume incluso en la hipótesis de que un Estado miembro no estuviera dispuesto a denunciar la incompatibilidad de un laudo arbitral con los Tratados UE y FUE mediante un recurso de anulación u oponiéndose a una solicitud de reconocimiento y de ejecución. En efecto, en tal hipótesis, los arts. 258 TFUE y 260 TFUE permitirían a la Comisión actuar contra ese Estado miembro que se hubiera aquietado con un laudo arbitral incompatible con el Derecho de la Unión.”

Recordemos lo que disponen dichos preceptos:

Art. 258 TFUE: “Si la Comisión estimare que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud de los Tratados, emitirá un dictamen motivado al respecto, después de haber ofrecido a dicho Estado la posibilidad de presentar sus observaciones.

Si el Estado de que se trate no se atuviere a este dictamen en el plazo determinado por la Comisión, ésta podrá recurrir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.”

Art. 260 TFUE: “1. Si el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declarare que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud de los Tratados, dicho Estado estará obligado a adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la Sentencia del Tribunal.

2. Si la Comisión estimare que el Estado miembro afectado no ha adoptado las medidas necesarias para la ejecución de la Sentencia del Tribunal, podrá someter el asunto al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, después de haber ofrecido a dicho Estado la posibilidad de presentar sus observaciones.

La Comisión indicará el importe de la suma a tanto alzado o de la multa coercitiva que deba ser pagada por el Estado miembro afectado y que considere adaptado a las circunstancias.

Si el Tribunal declarare que el Estado miembro afectado ha incumplido su Sentencia, podrá imponerle el pago de una suma a tanto alzado o de una multa coercitiva.

Este procedimiento se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 259.

3. Cuando la Comisión presente un recurso ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en virtud del art. 258 por considerar que el Estado miembro afectado ha incumplido la obligación de informar sobre las medidas de transposición de una directiva adoptada con arreglo a un procedimiento legislativo, podrá, si lo considera oportuno, indicar el importe de la suma a tanto alzado o de la multa coercitiva que deba ser pagada por dicho Estado y que considere adaptado a las circunstancias.

Si el Tribunal comprueba la existencia del incumplimiento, podrá imponer al Estado miembro afectado el pago de una suma a tanto alzado o de una multa coercitiva dentro del límite del importe indicado por la Comisión. La obligación de pago surtirá efecto en la fecha fijada por el Tribunal en la Sentencia.”

Es decir, una vez que la Comisión Europea considerara que un Laudo infringía el orden público europeo, siempre podría actuar frente al Estado miembro que se ha aquietado ante esa resolución y no se ha opuesto a su ejecución o la anulación del Laudo.

Por último, el abogado general realiza una comparación entre el resultado de un arbitraje comercial (que nunca ha sido puesto en tela de juicio por parte de la UE) y un arbitraje de inversiones para concluir que tampoco se garantiza que el Laudo que dicte tribunal arbitral comercial no sea incompatible con el Derecho de la UE:

258. Esta argumentación vale no sólo para el arbitraje internacional de inversión, sino también para el arbitraje internacional comercial, dado que este último también puede conducir a laudos incompatibles con el Derecho de la Unión y basarse en una supuesta falta de confianza con respecto a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros. Pese a estos riesgos, el Tribunal de Justicia jamás ha cuestionado su validez, a pesar de que el arbitraje entre particulares sobre cuestiones de Derecho de la Unión en materia de competencia no es algo desconocido.

259. Si, por lo tanto, el arbitraje internacional entre particulares no menoscaba el orden de competencias establecido por los Tratados UE y FUE ni, en consecuencia, la autonomía del sistema jurídico de la Unión, ni siquiera cuando el Estado es parte en el procedimiento arbitral, (203) pienso que lo mismo debe ocurrir con el arbitraje internacional entre inversores y Estados, sobre todo teniendo en cuenta que la inevitable presencia del Estado supone una mayor transparencia (204) y que queda la posibilidad de obligarlo a cumplir las obligaciones derivadas del Derecho de la Unión a través de un procedimiento por incumplimiento, con arreglo a los arts. 258 TFUE y 259 TFUE.

260. Si se siguiera la lógica de la Comisión, cualquier arbitraje podría menoscabar el orden de competencias establecido por los Tratados UE y FUE y, por lo tanto, la autonomía del sistema jurídico de la Unión.

No le falta razón al abogado general. Es más, también los Estados miembros —o bien sus apéndices o empresas que cuelgan de los mismos— participan activamente en el arbitraje comercial internacional. Con lo que no el ámbito subjetivo tampoco resultaría de aplicación en este supuesto para negar la validez de los arbitrajes de inversión. En su caso, sería *rationae materiae* el motivo de peso por el que podría considerarse que los Laudos dictados en los arbitrajes de inversión son nulos, no *rationae personae*.

Las conclusiones del abogado general, D. Melchior Wathelet, fueron muy criticadas. Las críticas alcanzaron a indicar⁴⁷⁵ que seguía paso a paso un artículo previo de D. Paschalidis⁴⁷⁶, que había trabajado como ayudante del Sr. Wathelet y se había pasado a trabajar para el bufete Shearman & Sterling⁴⁷⁷, especialista. Algunos internacionalistas como H. Hestermeyer lo calificaron como un “voto discrepante”, vaticinando, pues, una indefectible Sentencia contradictoria.

4. Sentencia TJUE de 6 de marzo de 2018

En efecto, la Sentencia del TJUE de 6 de marzo de 2018⁴⁷⁸ comienza con la exposición (a modo pregunta–respuesta) que se plantea el *Bundesgerichtshof* (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal, Alemania) tras el recurso de casación interpuesto por la República de Eslovaquia frente a la Sentencia del Tribunal Superior de Fráncfort que desestimó la acción de anulación.

⁴⁷⁵ <https://gusvanharten.wordpress.com/2017/10/16/the-isds-legal-industry-and-the-european-court-of-justice/>

⁴⁷⁶ P. Paschalidis, “Arbitral tribunals and preliminary references to the EU Court of Justice”, *Arbitration International*, vol. 33, nº 4, 2017, pp 663–685,

⁴⁷⁷ <https://www.shearman.com/people/p/paschalidis-paschalis>

⁴⁷⁸ STJUE 6 de marzo de 2018, C–284/16, *Achmea*.

En un principio, como veremos, solo le plantean dudas ciertas la posible discriminación *ex art. 18 TFUE* y reconoce que plantea la cuestión prejudicial ante la enjundia de la materia.

“Aunque el tribunal remitente no comparte esas dudas, estimó que, dado que el Tribunal de Justicia aún no se ha pronunciado sobre tales cuestiones y estas revisten una considerable importancia, habida cuenta de los numerosos tratados bilaterales de inversión aún en vigor entre los Estados miembros que incluyen una cláusula arbitral similar, era necesario plantear ante el Tribunal de Justicia la presente petición de decisión prejudicial para poder resolver el litigio del que conoce.”

i) Sobre el art. 344 TFUE: el Bundesgerichtshof considera que el art. 344 TFUE no regula disputas que surjan entre un particular y un Estado miembro. Asimismo considera que este precepto solo tiene por objeto las controversias relativas a la interpretación y aplicación de los Tratados –lo que no ocurre en *Achmea*–.

Añade, por último, que mediante este artículo se protege la competencia exclusiva del TJUE en la medida en que los Estados miembros deban recurrir a los procedimientos, previstos en los Tratados, que han de tramitarse ante él. Ahora bien un arbitraje como el que es objeto del asunto principal no puede resolverse en el marco de un procedimiento desarrollado ante el TJUE ya que los Tratados no establecen ningún procedimiento judicial que permita a un inversor, como *Achmea*, alegar ante el TJUE el derecho a indemnización frente a un Estado miembro que le concede, en cambio y ahora sí, el APPRI suscrito entre los Países Bajos y la República de Eslovaquia.

ii) Sobre el 267 TFUE y la ausencia de cuestión prejudicial: el Bundesgerichtshof considere que la interpretación unitaria del Derecho comunitario por parte del TJUE se garantiza mediante el control de la compatibilidad del Laudo Arbitral bien por tras la eventual acción de anulación; bien mediante el reconocimiento y ejecución del Laudo. Entre otras razones, porque las legislaciones nacionales cuentan con la posibilidad de anular un Laudo que infrinja el orden público europeo.

Este argumento pondría en entredicho, al igual que ocurría en las conclusiones del abogado general, los Laudos CIADI.

Asimismo, recuerda el Bundesgerichtshof que el TJUE había aceptado la compatibilidad, con el Derecho de la Unión, de tribunales que surgieran en el marco de un tratado internacional y que resolviera litigios que enfrentaran a los Estados miembros siempre que se limitara a resolverlos conforme a las propias disposiciones de los tratados.

El problema que residía en este supuesto es que el Tribunal Arbitral, con su decisión, debe pronunciarse sobre el incumplimiento del APPRI (trato justo y equitativo y principio de confianza legítima), que deberá interpretarse a la luz del Derecho comunitario. En particular, respecto de aquellas disposiciones que regulan la libre circulación de capitales.

iii) Sobre el principio de no discriminación por razón de nacionalidad instituido en el art. 18 TFUE: el Bundesgerichtshof considera que los inversores de Estados miembros que no sean del Reino de los Países Bajos y la República Eslovaca no tienen la posibilidad de acudir a un tribunal arbitral (salvo aquellos, obviamente, que tuvieran APPRI suscritos con ambos países); sin embargo, el tribunal alemán considera que “*es una consecuencia inherente a los convenios bilaterales*” y con ello despacha la cuestión de la discriminación. De nuevo, vemos que es donde los argumentos ofrecidos tanto por el tribunal alemán como por el abogado general son más quebradizos. En efecto, en ningún lugar se encuentra la aceptación previa (e incluso aliento) de la Comisión Europea sobre los APPRI. O el hecho de que nada impidió a otros Estados miembros suscribir APPRI con estos dos países con lo

que el hecho de que no tengan suscritos estos convenios se debe a la autonomía de la voluntad de los Estados miembros. Lo que bien podría haber fundado la inexistencia de discriminación.

Sin embargo, el TJUE analiza únicamente los arts. 267 y 344 TFUE –que precisamente era donde el Bundesgerichtshof se sentía más cómodo de defender la compatibilidad del art. 8 del APPRI con el Derecho de la UE– y tras ese análisis conjunto concluye que el art. 8 del APPRI suscrito entre Países Bajos y la República de Eslovaquia, que permitiría acudir a un tribunal arbitral a los inversores de estos países para dirimir los conflictos con el país huésped de la inversión, es incompatible con el Derecho de la UE.

La decisión del TJUE orbita sobre el Dictamen 2/2013 por el que se adhiere la UE al Convenio Europeo de Derechos Humanos (“CEDH”) y a su sistema de resolución de conflictos. Y, partiendo de ese dictamen, considera que la autonomía del Derecho de la UE es prioritaria:

“Según jurisprudencia igualmente reiterada del Tribunal de Justicia, la autonomía del Derecho de la Unión, tanto en relación con el Derecho de los Estados miembros como con respecto al Derecho internacional, se justifica por las características esenciales de la Unión y de su Derecho relativas, en particular, a la estructura constitucional de la Unión y a la propia naturaleza de este Derecho. El Derecho de la Unión se caracteriza, en efecto, por proceder de una fuente autónoma, constituida por los Tratados, por su primacía sobre los Derechos de los Estados miembros, y por el efecto directo de toda una serie de disposiciones aplicables a sus nacionales y a ellos mismos”

Y que esa autonomía se justifica en el principio de confianza mutua del art. 2 TUE y cooperación leal del art. 4.3 TFUE:

“El Derecho de la Unión se asienta, por tanto, en la premisa fundamental de que cada Estado miembro comparte con todos los demás Estados miembros, y reconoce que estos comparten con él, una serie de valores comunes en los que se fundamenta la Unión, como se precisa en el art. 2 TUE. Esta premisa implica y justifica la existencia de una confianza mutua entre los Estados miembros en el reconocimiento de esos valores y, por lo tanto, en el respeto del Derecho de la Unión que los aplica. Precisamente en este contexto incumbe a los Estados miembros, singularmente en virtud del principio de cooperación leal, establecido en el art. 4 TUE, apartado 3, párrafo primero, asegurar en sus respectivos territorios la aplicación y el respeto del Derecho de la Unión y adoptar, con este fin, todas las medidas generales o particulares apropiadas para garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión.”

Con la reproducción de estos principios lo que recuerda la Sentencia Achmea es que el Derecho de la UE ha creado un sistema jurisdiccional propio que es el máximo garante del respeto a la UE. Este sistema jurisdiccional alcanza también a los órganos jurisdiccionales nacionales que pueden mantener un diálogo con el TJUE sobre la aplicación e interpretación de los tratados mediante la cuestión prejudicial *ex* art. 267 TFUE que se erige así en la piedra angular del Derecho de la UE. Por tanto:

i) En primer lugar, coincide el TJUE con el Bundesgerichtshof y considera que el tribunal arbitral podrá verse obligado, en su caso, a interpretar o aplicar el Derecho de la Unión, en particular las disposiciones relativas a las libertades fundamentales, entre las que se encuentra la libertad de establecimiento y la libre circulación de capitales.

Parte de la consideración de que conforme al art. 8.6 del APPRI suscrito entre la República de Eslovaquia y Países Bajos resulta de aplicación el Derecho vigente de la Parte

contratante afectada y cualquier tratado pertinente entre las Partes contratantes, y entre esos “Derechos” se encontraría el Derecho de la UE.

ii) En segundo lugar, considera que el tribunal arbitral no puede considerarse “órgano jurisdiccional” en el sentido del art. 267 TFUE y que, por tanto, no podrá plantear nunca una cuestión prejudicial que garantizaría el control del TJUE respecto de la aplicación de los tratados de la UE.

iii) En tercer lugar, distingue entre arbitraje comercial y arbitraje de inversiones:

“No obstante, un procedimiento de arbitraje como el previsto en el art. 8 del TBI se distingue de un procedimiento de arbitraje comercial. En efecto, mientras que el segundo tiene su origen en la autonomía de la voluntad de las partes, el primero resulta de un tratado mediante el cual los Estados miembros se comprometen a sustraer de la competencia de sus propios tribunales y, por tanto, del sistema de vías de recurso judicial que el art. 19 TUE, apartado 1, párrafo segundo, les impone establecer en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión (véase, en este sentido, la Sentencia de 27 de febrero de 2018, Associação Sindical dos Juizes Portugueses, C-64/16, EU:C:2018:117, apartado 34) los litigios que puedan referirse a la aplicación o interpretación de ese Derecho. En estas circunstancias, las consideraciones enunciadas en el apartado anterior, relativas al arbitraje comercial, no son extrapolables a un procedimiento de arbitraje como el previsto en el art. 8 del TBI.”

En consecuencia, considera que el sistema de resolución de conflictos instituido en el art. 8 del APPRI suscrito entre Países Bajos y la República de Eslovaquia no garantizan la plena eficacia del Derecho de la UE.

iv) Por último, concluye que es cierto que existen otros tratados internacionales en los que la UE ha aceptado la validez de órganos de resolución de conflictos distintos a los establecidos por el propio sistema de Derecho de la Unión, si bien manifiesta que en este caso no ha sido la UE quien ha suscrito este APPRI:

“(57) Es cierto que, conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, un acuerdo internacional que prevé la creación de un órgano jurisdiccional encargado de la interpretación de sus disposiciones y cuyas resoluciones vinculan a las instituciones, incluido el Tribunal de Justicia, no es, en principio, incompatible con el Derecho de la Unión. En efecto, la competencia de la Unión en materia de relaciones internacionales y su capacidad para celebrar acuerdos internacionales implican, necesariamente, la facultad de someterse a las resoluciones de un órgano jurisdiccional creado o designado en virtud de tales acuerdos, por lo que a la interpretación y a la aplicación de sus disposiciones se refiere, siempre que se respete la autonomía de la Unión y de su ordenamiento jurídico [véanse, en ese sentido, el dictamen 1/91 (Acuerdo EEE — I), de 14 de diciembre de 1991, EU:C:1991:490, apartados 40 y 70; el dictamen 1/09 (Acuerdo por el que se crea un Sistema Unificado de Resolución de Litigios sobre Patentes), de 8 de marzo de 2011, EU:C:2011:123, apartados 74 y 76, y el dictamen 2/13 (Adhesión de la Unión al CEDH), de 18 de diciembre de 2014, EU:C:2014:2454, apartados 182 y 183].

(58) No obstante, en el presente asunto, además de que los litigios comprendidos en el ámbito de competencias del tribunal arbitral previsto en el art. 8 del TBI pueden tener por objeto la interpretación tanto de dicho Tratado como del Derecho de la Unión, la posibilidad de someter estos litigios a un organismo que no constituye un elemento del sistema jurisdiccional de la Unión está establecida por un tratado que no ha sido celebrado por la Unión, sino por ciertos Estados miembros. Pues bien, dicho art. 8 puede poner en peligro, además del principio de confianza mutua entre los Estados miembros, la preservación del carácter propio del Derecho establecido por los Tratados, garantizado por el procedimiento de remisión prejudicial previsto en el art. 267 TFUE, por lo que no es compatible con el principio de cooperación leal recordado en el apartado 34 de la presente Sentencia.”

Ahora analizaremos las consecuencias de esta Sentencia capital; en particular, el fin de los APPRIs intra-UE. Lo cual conllevará, paulatinamente, al fin de la totalidad de APPRIs suscritos por Estados miembros. No obstante, conviene detenerse en este último párrafo 58 porque basa la incompatibilidad del APPRI en que era “*un tratado que no ha sido celebrado por la Unión*”. En distinta situación se encuentran, pues, los arbitrajes de inversión iniciados en el marco del TCE donde la UE suscribió el tratado internacional como un sujeto individual con personalidad jurídica propia. Tratado que también suscribieron individualmente la totalidad de Estados miembros.

5. Consecuencias de Achmea

A) Fin de los APPRIs intra-UE

Las consecuencias de Achmea son todavía inciertas. Solo un destino parece claro (y puede que no en su plenitud): el fin de aquellas disposiciones de los APPRIs intra-UE que sean incompatibles con el Derecho de la UE. Es decir, la inaplicación de los artículos que contengan los APPRIs intra-UE que deriven a un procedimiento arbitral de inversiones.

Tampoco debía sorprender a nadie la decisión del TJUE a pesar de las conclusiones del abogado general⁴⁷⁹. Desde hace tiempo la Comisión Europea venía advirtiendo sobre el fin de los APPRIs intra-UE. Como botón de muestra, recordemos que la Comisión Europea había pedido a varios Estados miembros que pusieran fin a los APPRIs intra-UE de la misma manera que lo habían hecho Italia o Irlanda⁴⁸⁰. Las palabras recogidas en dicho comunicado de prensa por parte de Jonathan Hill, comisario de Estabilidad Financiera, Servicios Financieros y Unión de los Mercados de Capitales, representan el parecer de la Comisión Europea:

“... los tratados bilaterales de inversión intra-UE están obsoletos y, tal como han puesto de manifiesto Italia e Irlanda poniendo fin a los suyos, ya no son necesarios en un mercado único de 28 Estados miembros. Debemos actuar juntos para garantizar que el marco regulador para las inversiones transfronterizas funcione eficazmente. En ese contexto, la Comisión está dispuesta a estudiar la posibilidad de establecer un mecanismo para la mediación rápida y eficiente en las controversias en materia de inversiones”

En cualquier caso, la fundamentación de la Sentencia del TJUE ha dejado mucho que desear (por escueta), máxime teniendo en cuenta la prolija conclusión del abogado general M. Wathelet que, si bien en ocasiones los argumentos que utilizó eran excesivamente rebuscados, el TJUE los despacha sin dar las explicaciones adecuadas. Por ejemplo, llama la atención que no se haya pronunciado sobre la posible incompatibilidad del art. 8 del APPRI con el art. 18 TFUE cuando será el nudo gordiano, sino de éste, de otros procedimientos arbitrales que, por ejemplo, resulten de tratados multilaterales (como resueltamente podría ocurrir con el TCE).

Da la sensación de que el TJUE ha querido limitar los efectos de la Sentencia Achmea a la incompatibilidad de los APPRIs intra-UE; pero por la fundamentación que utiliza los

⁴⁷⁹ <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/10/07/digesting-ag-wathelet-opinion-case-c-28416-slovakische-republik-v-achmea-bv-trap/>

⁴⁸⁰ http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5198_es.pdf. *Vid.* también, http://europa.eu/rapid/pressrelease_MEMO-16-3125_en.htm, apartado 6.

ecos de esta Sentencia podrían llegar a ser incontrolables. Analizaremos, por tanto, las consecuencias a la luz de la propia STJUE *Achmea*.

Es la consecuencia más directa e inmediata que se deduce de la STJUE *Achmea*. En realidad no todo el contenido del APPRI estaría afectado por la Sentencia sino solo el mecanismo de resolución de conflictos previsto allí y siempre que por el Derecho aplicable fijado en el propio APPRI resultara de aplicación el Derecho de la UE.

Para realizar esta primera conclusión debemos recordar cuál es el “Fallo” de la Sentencia:

“Los arts. 267 TFUE y 344 TFUE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una disposición de un tratado internacional celebrado entre Estados miembros, como el art. 8 del Tratado para el Fomento y la Protección Recíprocos de las Inversiones entre el Reino de los Países Bajos y la República Federal Checa y Eslovaca, conforme a la cual un inversor de uno de esos Estados miembros puede, en caso de controversia sobre inversiones realizadas en el otro Estado miembro, iniciar un procedimiento contra este último Estado miembro ante un tribunal arbitral cuya competencia se ha comprometido a aceptar dicho Estado miembro.”

Es decir, a lo que se oponen los arts. 344 y 267 TFUE es al arbitraje internacional de inversiones. Pero obviamente siempre que por el contenido del APPRI resulte de aplicación el Derecho de la UE. La STJUE *Achmea* parte de una concepción radical de la autonomía del Derecho de la UE para fundar sus conclusiones:

“... un acuerdo internacional no puede vulnerar el orden de competencias fijado por los Tratados ni, por lo tanto, la autonomía del sistema jurídico de la Unión, cuya observancia garantiza el Tribunal de Justicia”.

Es decir, a juicio del TJUE, él es el único garante de la autonomía del Derecho de la UE. También lo es del principio de cooperación leal (art. 4.3 TFUE) y de la confianza mutua (art. 2 TUE) que reside en la aplicación e interpretación uniforme del Derecho de la UE en todos los Estados miembros. Para lo cual el art. 19 TUE prevé los órganos jurisdiccionales encargados de mantener esa interpretación uniforme. Por tanto, lo primero que debe observarse es si la disputa recae dentro del ámbito del 344 TFUE; esto es, si es una controversia relativa a la interpretación y la aplicación del Derecho de la UE⁴⁸¹.

La STJUE *Achmea* mantiene que sí se trata de una disputa concerniente a la interpretación y la aplicación del Derecho de la UE ex art. 344 TFUE. Y lo fundamenta en que el propio APPRI (art. 8, apartado 6) el tribunal arbitral tenía que aplicar el Derecho vigente de la parte contratante y cualquier tratado que tuvieran suscritos:

“(40) A este respecto, incluso suponiendo, como alega *Achmea*, que dicho tribunal arbitral solo sea competente, a pesar de la muy amplia formulación del art. 8, apartado 1, del TBI, para pronunciarse sobre el eventual incumplimiento de este Tratado, no es menos cierto que, a estos efectos, debe tener en cuenta en particular, con arreglo al art. 8, apartado 6, del TBI, el Derecho vigente de la Parte contratante afectada y cualquier tratado pertinente entre las Partes contratantes.

(41) Pues bien, habida cuenta de la naturaleza y las características del Derecho de la Unión mencionadas en el apartado 33 de la presente Sentencia, debe considerarse que ese Derecho forma parte del Derecho vigente en todos los Estados miembros y, al mismo tiempo, se deriva de un tratado internacional celebrado entre los Estados miembros.

⁴⁸¹ I. Iruretagoiena Agirrezabalaga, “La Sentencia del TJUE en el asunto *Achmea*: el adiós al arbitraje de inversiones de los APPRI intra-UE en la Unión Europea (y algo más)”, *La Ley Unión Europea*, Editorial Wolters Kluwer nº 60, 2018.

(42) De lo anterior se deduce que, por este doble motivo, el tribunal arbitral previsto en el art. 8 del TBI podrá verse obligado, en su caso, a interpretar o aplicar el Derecho de la Unión, en particular las disposiciones relativas a las libertades fundamentales, entre las que se encuentra la libertad de establecimiento y la libre circulación de capitales.”

El fundamento de la STJUE –que no la conclusión– es, a nuestro juicio, erróneo. Y ello porque el hecho de que el APPRI dijera que resulta de aplicación la legislación de las partes contratantes no implica automáticamente que el Derecho de la UE sea aplicable. Y menos aún por el hecho de que se deba “tener en cuenta” como fórmula simplista que el TJUE utiliza. Hay que analizar si por los “Hechos” del supuesto debe aplicarse o no el Derecho de la UE al fondo de la controversia. Y en ese caso sí nos habríamos encontrados que al poderse afectar al libre movimiento de capitales –como planteaba también el Bundesgerichtshof– el Derecho comunitario resultaba de aplicación. Pero aun en ese caso tampoco cabe incluir que la aplicación del Derecho de la UE por parte del TJUE sea monopolística. ¿Acaso no aplican diariamente los órganos judiciales de los Estados miembros el Derecho comunitario? El TJUE es quien decide cómo debe interpretarse una determinada norma, pero una vez resuelta esta cuestión, ¿acaso un tribunal arbitral no debe/puede aplicar –sin contradecir al TJUE– el Derecho comunitario? ¿Acaso sería nulo un Laudo que trate el Derecho comunitario por el mero hecho de tratarlo aunque lo aplique e interprete de la misma manera que el TJUE?

Y estas son las cuestiones que no aborda el TJUE para declarar la incompatibilidad del art. 8 del APPRI con el Derecho comunitario.

B) ¿Puede plantear un tribunal arbitral una cuestión prejudicial?

El TJUE *seguidamente* añade que la forma de garantizar esa autonomía del Derecho de la UE es por la vía de la cuestión prejudicial. Con lo cual, primero apunta a si un tribunal arbitral como el establecido en el APPRI puede formular la cuestión prejudicial.

La respuesta a este interrogante –que ha planteado más dudas de las que debería– es obvio: no. El abogado general realizó un inusitado esfuerzo por defender que el tribunal arbitral cumplía con los requisitos establecidos en el art. 267 TFUE para ser considerado un “órgano jurisdiccional” y estar en disposición así de poder formular una cuestión prejudicial. *De lege ferenda* hemos apuntado que debería permitirse en determinados supuestos a los tribunales arbitrales formular cuestiones prejudiciales por su condición de “*equivalente jurisdiccional*”, pero la jurisprudencia de la UE hasta la fecha solo ha flexibilizado esta posibilidad en el caso de arbitrajes administrativos.

En el asunto STJUE de 29 de noviembre de 2001, C-17/00, *De Coster*, la UE estableció una serie de requisitos que debían tener los “órganos jurisdiccionales” a los que se refería el art. 267 TFUE. El objetivo era delimitar esta problemática ante los variopintos tribunales y órganos similares que tienen cada uno de los Estados miembros: origen legal del órgano, la aplicación por éste de normas jurídicas, la obligatoriedad de su jurisdicción, la independencia, la permanencia, el respeto al principio contradictorio y su vinculación a un Estado miembro.

No parece que el Tribunal Arbitral de la Corte Permanente de Arbitraje cumpla con la totalidad de estos requisitos. Ni siquiera a pesar de la flexibilización posterior o la flexibilización del requisito de permanencia tras el Auto del TJUE de 13 de febrero de 2014, C-

555/13, *Merck Canada* en el que se permitió a un tribunal arbitral administrativo plantear una cuestión prejudicial:

“La forma, composición y normas procesales del Tribunal Arbitral necessário pueden variar en función de la elección de las partes. Además, se disuelve una vez adoptado el laudo. Estas circunstancias pueden suscitar dudas en cuanto a su permanencia. Sin embargo, dado que dicho Tribunal se ha constituido sobre una base legal, que dispone, con carácter permanente, de una competencia obligatoria y que, además, aplica normas procesales definidas y delimitadas por la legislación nacional, procede considerar que en el presente caso se cumple también el requisito de permanencia.”

O la STJUE 12 de junio de 2014, en el asunto *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta SA*⁴⁸² donde se admitió la cuestión prejudicial planteada por un tribunal arbitral tributario, si bien matizó que “*se distingue de un órgano arbitral en sentido estricto*”, con lo que en realidad zanjaba la posibilidad de que tribunal arbitral genuino planteara una cuestión prejudicial.

En este punto la STJUE es, desde luego, acertada y coherente con lo que venía diciendo hasta ahora. Sin perjuicio de que consideramos que una flexibilización de los requisitos establecidos por el TJUE, máxime cuando constitucionalmente el arbitraje es un “*equivalente jurisdiccional*”, debería reconsiderarse la posibilidad de que un tribunal arbitral planteara la cuestión prejudicial.

¿Al no poder plantear la cuestión prejudicial un tribunal arbitral ya es incompatible el arbitraje con el Derecho de la UE?

No. El siguiente paso que la STJUE Achmea plantea es que ante esta imposibilidad de plantear una cuestión prejudicial por parte del tribunal arbitral lo que debe observarse es si conforme al art. 19 TUE existe un control posterior de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que garantice que las cuestiones relativas al Derecho de la Unión puedan ser sometidas, vía cuestión prejudicial, al TJUE.

Aquí la respuesta del TJUE es excesivamente parca y contradictoria. Por un lado, reconoce un posible control judicial del Laudo a través del art. 1059, apartado 2, del Código de Enjuiciamiento Civil alemán. Y reconoce que entre las causas de anulación de un laudo según dicho Código se encuentra también el orden público (por extensión, el orden público europeo). Además, necesariamente debe aceptar, puesto que aquí ha ocurrido, que los tribunales alemanes podrán plantear la cuestión prejudicial (véanse, en este sentido, las Sentencias de 1 de junio de 1999, *Eco Swiss*, C-126/97, EU:C:1999:269, apartados 35, 36 y 40, y de 26 de octubre de 2006, *Mostaza Claro*, C-168/05, EU:C:2006:675, apartados 34 a 39). No obstante, tras distinguir –lo hemos visto antes– un arbitraje comercial de un arbitraje de inversiones, considera que es extrapolable esa jurisprudencia al presente caso. Y con ello concluye que en este caso no se garantizaba la plena eficacia del Derecho de la UE.

La respuesta del TJUE carece de fundamento. Es cierto que el arbitraje de inversiones es muy distinto del arbitraje comercial; pero lo que debería haber analizado el TJUE es si en este supuesto concreto el control que podían realizar los tribunales alemanes era más limitado o no que en los supuestos en los que existe un arbitraje comercial. Y si por el hecho de ser un arbitraje de inversiones se limitaba la cuestión prejudicial y con ello la “*plena eficacia del Derecho de la Unión*”. Parece deducirse que el hecho de que el control del Laudo, en sí, se limite al orden público europeo implica que solo en caso de que se infrinja ese orden público europeo podrá darse plena eficacia al Derecho de la UE y que el TJUE, como

⁴⁸² STJUE 12 junio 2014, *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta SA*, C-377/13.

garante e intérprete máximo del Derecho de la UE, debe tener la capacidad de pronunciarse ilimitadamente y no solo sobre la posible vulneración del orden público europeo. Pero esa exégesis –que desde luego no está plasmada en la STJUE *Achmea*– también supondría una limitación de los arbitrajes comerciales, que están plenamente aceptados y en los que, como hemos reiterado, en muchas ocasiones intervienen partes estatales cuando se ven despojadas de su *iure imperii*.

Y es que si el control limitado en el ámbito de la acción de anulación o la ejecución del Laudo es suficiente en el ámbito del arbitraje comercial para salvaguardar la autonomía del Derecho de la UE, no se comprende por qué no ocurre lo mismo en un arbitraje de inversión –distinto de CIADI–.

Por último, llama la atención que el TJUE no se haya pronunciado expresamente sobre si el art. 344 TFUE resulta aplicable a las controversias ISDS. Es obvio que al basar la incompatibilidad del art. 8 del APPRI con el 344 TFUE, implícitamente está manteniendo que resulta de aplicación a controversias ISDS. Sin embargo, el abogado general, al igual que ocurría en el Laudo parcial relativo a la jurisdicción del tribunal arbitral, había puesto especial énfasis en que, hasta la fecha, no existía ningún precedente acerca de que el art. 344 TFUE resultara de aplicación a controversias entre particulares o entre particulares y Estados miembros. Al contrario, del caso *Mox Plant* y el Dictamen 2/2013 relativo a la incorporación de la UE al CEDH se deducía que el art. 344 TFUE se limitaba a conflictos entre Estados miembros o entre éstos y la UE relativos a la interpretación y aplicación de los tratados:

“En tales circunstancias, únicamente sería compatible con el art. 344 TFUE una exclusión expresa de la competencia del TEDH resultante del art. 33 del CEDH respecto de los litigios entre Estados miembros o entre éstos y la Unión relativos a la aplicación del CEDH en el ámbito de aplicación material del Derecho de la Unión.”⁴⁸³

El TJUE no ofrece ningún argumento de por qué se aparta de su tesis tradicional sobre la aplicación del art. 344 TFUE. Es cierto que no existían precedentes previos de conflictos entre un inversor y un estado miembro que obligaran al TJUE a pronunciarse (si bien el abogado general citaba el caso STJUE de 30 de mayo de 2006, Comisión/Irlanda (C-459/03), pero no era un conflicto entre inversor–Estado); pero precisamente ante esa novedad se echa de menos un pronunciamiento concreto y no dejarlo al albur de la imaginación.

C) Nuevo escenario trazado por *Achmea*

Tras STJUE *Achmea* un nuevo escenario –que ya se preveía– sobre los APPRIs intra-UE tiene lugar. Así, aunque la única disposición del APPRI que se ha considerado contraria al Derecho de la UE es aquélla que permite un mecanismo de solución de controversias distinto al del art. 19 TUE, lo cierto es que el resto del APPRI queda vacío de contenido si la defensa de la inversión debe realizarse ante el propio TJUE.

Por el principio de primacía del Derecho comunitario instituido en el art. 351 TFUE (sobre la incompatibilidad de tratados posteriores a la adhesión a la UE y la necesidad de eliminar las posibles incompatibilidades) no resultarán de aplicación aquellos APPRIs que

⁴⁸³ Dictamen 2/13 del Tribunal de Justicia de 18 de diciembre de 2014, ap. 213.

contengan disposiciones contrarias al Derecho de la UE. Esta formulación es compleja, porque debería analizarse, caso por caso, aquellos APPRIs en los que la controversia alcanzara al Derecho de la UE y aquellos en los que no.

Los tribunales arbitrales constituidos con posterioridad a STJUE *Achmea* deberán rechazar su competencia. Sin embargo, la problemática se acentúa respecto a aquellos procedimientos arbitrales iniciados con anterioridad a la STJUE *Achmea* cuyos Laudos no se habían dictado con posterioridad a *Achmea*.

¿Alcanza a los APPRIs extra-UE?

La Sentencia *Achmea* puede tener algún efecto reflejo sobre los APPRIs extra-UE cuando resulte de aplicación el Derecho de la parte contratante del APPRI que sea Estado miembro. No en el supuesto inverso. En cualquier caso, tras la promulgación del Reglamento 1219/2012 el futuro de los APPRIs extra-UE ya tiene su propia regulación que, simplemente, convendría adaptar y reajustar a *Achmea* para evitar situaciones que repugnan al derecho internacional como que al amparo de un convenio bilateral, como es el APPRI, la situación entre un Estado miembro –prohijado y más protegido por la imposibilidad de ejecutar un Laudo que entre en conflicto con el Derecho de la UE– que uno que no lo sea.

¿Afecta a los tratados multilaterales?

Una respuesta a esta cuestión no es sencilla. Desde un punto de vista sustantivo, el TJUE no distingue entre bilateralidad y multilateralidad. Únicamente considera que cuando no se garantice la plena eficacia del Derecho de la UE no podrá acudir a un mecanismo de resolución de conflictos distinto al del TJUE; sin embargo, dentro de sus pronunciamientos mantiene que:

“... la posibilidad de someter estos litigios a un organismo que no constituye un elemento del sistema jurisdiccional de la Unión está establecida por un tratado que no ha sido celebrado por la Unión, sino por ciertos Estados miembros”

De lo cual se deduce que en aquellos supuestos, como el TCE, en los que la Unión Europea ha suscrito el tratado multilateral y ha aceptado someterse a tribunales arbitrales, no estará en entredicho la validez del Laudo.

Un ejemplo reciente lo constituye el Laudo de 31 de mayo de 2019 entre la sociedad luxemburguesa *9REN Holding S.À.R.L. c. Reino de España* a raíz de la modificación en la normativa fotovoltaica⁴⁸⁴.

España alegaba que, tras la STJUE *Achmea*, el art. 26 TCE, por el cual cabía someter las controversias a tribunales arbitrales, no resultaba de aplicación a conflictos intra-UE. España consideraba que el efecto de *Achmea* es excluir las cláusulas compromisorias que deriven las controversias entre un inversor de la UE y un Estado Miembro de la UE a un mecanismo distinto a los establecidos para garantizar la plena eficacia del derecho de la UE⁴⁸⁵.

Son tres los argumentos que utiliza España en defensa de esta tesis:

i) El argumento del Derecho aplicable: España sostiene que el Tribunal debe determinar su propia competencia bajo el Derecho de la UE en aplicación de los arts. 26(6) del TCE –

⁴⁸⁴ Laudo 31 de mayo de 2019, *9REN holding S.à.r.l., c. Reino de España*, (Caso CIADI No. ARB/15/15)

⁴⁸⁵ *Loc. cit.*, ap.142

puesto que hace referencia al Derecho Internacional y aquí el Derecho de la UE tendría primacía— y del art. 42(1) del Convenio del CIADI.

ii) El argumento institucional: el derecho de la UE no permite la existencia de ningún mecanismo institucional de resolución de controversias distinto a los establecidos por el TJUE y el TFUE.

iii) El argumento de aplicación del derecho de la UE: el Tribunal no goza de competencia en virtud para determinar los derechos de inversores intracomunitarios conforme al Derecho de la Unión.

El Tribunal rechaza todas las objeciones planteadas por España:

i) Considera que el art. 26.6 TCE y art. 42 Convenio CIADI son normas para determinar la Ley aplicable al fondo del asunto y no sirven para determinar la competencia del Tribunal arbitral —como se ya se había resuelto en el asunto *Vattenfall*⁴⁸⁶—.

Además, el hecho de que el Derecho de la UE pueda resultar también aplicable no desplaza a otras normas de Derecho Internacional para la interpretación de los Tratados como resueltamente es el art. 31 Convenio de Viena sobre Derecho de los tratados, de 1969 (que además son, añadimos nosotros, *lex specialis*).

Sin duda acierta el tribunal arbitral al descartar que el art. 26.6 TCE y 42 Convenio CIADI sean “normas de conflicto” destinadas a determinar la competencia judicial internacional. Al contrario, son normas destinadas a determinar la Ley aplicable al fondo del asunto; esto es, la parte sustantiva de la controversia.

Además, tampoco podemos olvidar que el TCE no está suscrito solo por Estados miembros, con lo que sus disposiciones deben aplicarse de manera coherente sin que puedan darse resultados contradictorios por el hecho de que el demandante sea nacional de un Estado miembro. No puede existir discriminación respecto a otros demandantes. El TCE —al igual que ocurre en la UE— debe ser aplicado de manera uniforme sin que una misma disposición dé lugar a dos situaciones opuestas como sucedería —apunta el tribunal arbitral— de acoger la tesis de España, en cuyo caso la lectura del 26.6 TCE sería distinta si la controversia enfrentara a España con un nacional australiano que con un nacional luxemburgués.

ii) El segundo argumento de España reside en la posición exorbitante de STJUE *Achmea* respecto a la cuestión prejudicial del 267 TFUE. España considera que el mecanismo de anulación previsto en el CIADI está al margen de las instituciones europeas y que no se permitirá una aplicación uniforme del Derecho de la UE cuyo máximo intérprete es el TJUE.

Aquí el tribunal arbitral comparte la idea que hemos apuntado antes acerca de que STJUE *Achmea* diferencia entre tratados bilaterales de tratados multilaterales suscritos por la UE. Además, siguiendo un principio de coherencia, no resultaría lógico que el TCE (que es un único tratado) distinguiera entre países de la UE y países que no forman parte de la UE;

⁴⁸⁶ *Vattenfall AB, Vattenfall GmbH, Vattenfall Europe Nuclear Energy GmbH, Kernkraftwerk Krümmel GmbH & Co. oHG y Kernkraftwerk Brunsbüttel GmbH & Co. oHG c. República Federal de Alemania*, Caso CIADI No. ARB/12/12, Decisión sobre la Cuestión de *Achmea*, 31 de agosto de 2018,

puesto que ello quebrantaría el principio de no discriminación y aplicación uniforme de un tratado internacional.

Como resolviera el tribunal arbitral en *Eiser*⁴⁸⁷:

“[A]unque la UE sea Miembro del TCE, los Estados que la componen no han dejado de serlo también. Tanto la UE como [sus] Estados Miembros pueden tener legitimación procesal como demandados en una acción basada en el TCE”.

Y quizá aún más claro en *RREEF*⁴⁸⁸ al determinar que ninguna de las partes contratantes del TCE aceptó que el Derecho de la UE tuviera alguna preferencia sobre el TCE y:

“74. However, this Tribunal has been established by a specific treaty, the ECT, which binds both the EU and its Member States on the one hand and non-EU States on the other hand. As for the latter, EU law is res inter alios acta and it cannot be upheld that, by ratifying the ECT, those non-EU States have accepted the EU law as prevailing over the ECT. The ECT is the “constitution” of the Tribunal [...]

75 Therefore, in any case of any contradiction between the ECT and EU law, the Tribunal would have to insure the full application of its “constitutional” instrument, upon which its jurisdiction is founded.”

Y es que el instrumento conforme al cual se constituye el Tribunal Arbitral es el TCE y por tanto tiene preferencia sobre el Derecho de la UE para determinar la competencia del tribunal arbitral. Por no añadir –que también– el propio art. 16 TCE disciplina como se relaciona el TCE con otros tratados internacionales e indica que

“... nada de lo dispuesto en el otro acuerdo se interpretará de manera que deje sin efecto ninguna disposición de las Partes III ó V del presente Tratado o del derecho de exigir una solución de la controversia relativa a ello con arreglo al presente Tratado”.

Aunque el pronunciamiento que ofrece el tribunal arbitral es acertado, creemos que existían argumentos aún más poderosos para rechazar la objeción de España. En particular, que el propio TCE en su art. 26.2 establece como se determina la competencia del tribunal arbitral: el inversor podrá optar entre diferentes alternativas (tribunales contencioso-administrativos del país demandado o arbitraje). Con lo cual el TCE ya tiene sus propias “normas de conflicto” sobre la base de las cuales debe determinarse la competencia del Tribunal arbitral.

iii) Por último, el problema más intrincado que abordó el tribunal arbitral es la falta de competencia por la autonomía del Derecho de la UE y la necesidad de su aplicación uniforme por el TJUE.

Es decir, conforme al art. 26.6 TCE y 42 Convenio CIADI el tribunal arbitral debe aplicar el Derecho internacional (y, por ende, el Derecho de la UE) para solventar la controversia entre el inversor luxemburgués y España. O lo que es lo mismo: el inversor de un Estado miembro en su disputa frente a otro Estado miembro. Y ello porque España considera que solo los tribunales determinados por la UE tienen competencia para pronunciarse sobre cuestiones que atañen al Derecho comunitario.

⁴⁸⁷ *Eiser Infrastructure Ltd. y Energia Solar Luxembourg S.à.r.l. c. Reino de España*, Caso CIADI No. ARB/13/36, Laudo, 4 de mayo de 2017, , ap. 194.

⁴⁸⁸ *RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à.r.l. c. Reino de España* Caso CIADI No. ARB/13/30, Decisión sobre Jurisdicción

España sostuvo que el arbitraje concierne principalmente al derecho de la UE porque España implantó un sistema de primas conforme a las propias directrices de la UE, lo que está sujeto también a los límites previstos por las Directrices de la UE sobre Ayudas Estatales. Y, en este punto, la Comisión Europea es la única competente para determinar si se trata de ayudas estatales o no conforme a los arts. 107 y 108 TFUE siempre sujeto luego al escrutinio posterior del TJUE.

REN respondió a los argumentos de España manifestando que el Derecho Internacional al que alude el art. 26.6 TCE es el derecho internacional público y no el Derecho regional de la UE. Afirma también que dieciocho tribunales arbitrales han desestimado la excepción “intracomunitaria” (si bien no olvidemos que eran anteriores a *Achmea*). Y, en cualquier caso, España nunca consideró que las primas concedidas a los inversores en aplicación de los RD 661/2007 y RD 1578/2008 constituyeran “Ayudas Estatales” con lo que tampoco puede hacerlo ahora.

El Tribunal desarbola la objeción de España con argumentos distintos a los esgrimidos por las partes:

Primero: El caso de la Demandante no se funda en el derecho de la UE. El Tribunal no está obligado a interpretar ni aplicar el derecho de la UE. Las reclamaciones de la Demandante giran en torno al TCE y a la jurisprudencia de los tribunales TCE y decisiones de la Corte Internacional de Justicia.

Segundo (consecuencia del primero): el tribunal arbitral debe valorar si se han infringido los arts. 10 y 13 del TCE. Y para ello no es preciso acudir a la normativa europea.

Tercero: En Derecho internacional, no es cierto que el derecho de la UE sólo pueda ser visto por jueces de la UE. En el presente caso, al aplicar el derecho internacional, puede tenerse en consideración determinados aspectos de la legislación nacional (a efectos, por ejemplo, de determinar la nacionalidad o personalidad jurídica del demandante) o también el Derecho de la UE para ver si estaban justificadas las medidas regulatorias adoptadas por España.

Cuarto: “El laudo de un tribunal TCE no representa en modo alguno una amenaza o desafío a la autonomía o autoridad de la jurisdicción (o cortes) en la que se originaron los derechos “extranjeros”, en el caso que nos ocupa la UE y el TJUE”.

Los razonamientos del tribunal arbitral son acertados. Se echa en falta un mayor arrojo para decir sin paliativos que en Derecho internacional podrá tenerse en consideración – desde luego – disposiciones del Derecho comunitario que ayuden a resolver la controversia. Incluso para conocer si el demandante tiene derecho a cobrar una indemnización por la infracción de sus expectativas legítimas, también, desde luego, resulta imprescindible conocer el derecho nacional e incluso el propio contexto histórico en el que se promulga la norma controvertida (por ejemplo, que fuera absolutamente previsible un cambio de Gobierno y que en su programa el nuevo Gobierno hubiera anunciado la derogación de esa norma con anterioridad a que el inversor extranjero a cometiera la inversión).

No obstante, en el asunto *Novenergia*, la *Court of Appeal de SVEA*, ha suspendido la ejecución del Laudo en dicho territorio mediante resolución de 16 de mayo de 2018, hasta que no gane firmeza la solicitud de nulidad del Laudo planteada por España en lo que parece haber influido STJUE *Achmea*⁴⁸⁹.

⁴⁸⁹ <https://ciarglobal.com/laudo-del-arbitraje-novenergia-espana-queda-sin-efecto/>.

No son solo asuntos que vinculan a España. En *Belenergia c. República de Italia*⁴⁹⁰ se añadía, además, como argumento del demandado, que tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa que afectaba a los inversores intraeuropeos, al amparo del art. 41 Convenio de Viena sobre Derecho de los tratados, de 1969 se había producido una modificación del TCE entre las partes, con lo que no resultaba de aplicación. Objeción que fue desestimada por el tribunal arbitral compuesto por, Yves Derains, el profesor Fernández Rozas y Bernard Hanotiau. También desestimaron la objeción relativa a Achmea al indicar que: (1) no afecta a un tratado multilateral del que la UE forme parte; (2) la imposibilidad de formular una cuestión prejudicial no impide el desarrollo del arbitraje porque el Derecho comunitario limita su aplicación hasta donde permita el tratado⁴⁹¹; (3) no considera de aplicación la doctrina Mox Plant y (4) rechaza que el Dictamen 1/09 del TJUE⁴⁹² afecte a la disputa

En definitiva, son muchas las incógnitas que se plantean en *Achmea*, hito indudable de la controvertida relación que mantienen desde hace tiempo la Unión Europea y el arbitraje de inversiones.

⁴⁹⁰ *Belenergia S.A. c. República de Italia*, CIADI No. ARB/15/40, Laudo 6 de Agosto de 2019.

⁴⁹¹ *As determined in , ap., ap. 290–292 above on the applicable law, EU law can be applied to the extent that the ECT regime permits its application. This Tribunal considers that different international law regimes can communicate to the extent that their own rules permit it. This Tribunal has been constituted and exercises its jurisdiction under the ECT regime to which the EU is a Contracting Party. A treaty means what it says.*

No text or conflict rule under ECT suggests that an ECJ's decision pertaining to the EU legal order could derogate from the offer to arbitrate under Article 26 ECT as pertaining to the ECT as an independent international law regime.

⁴⁹² Recordemos que se trataba de un Dictamen emitido para la Creación de un sistema unificado de resolución de litigios en materia de patentes.

IV. Mecanismos de soluciones de diferencias (ISDS) en el marco de la UE: Dictamen 1/17

1. Antecedentes

Al amparo de lo dispuesto en el art. 218.11 TFUE, el 7 de septiembre de 2017 el Reino de Bélgica solicitó al TJUE que emitiera un dictamen sobre la posible (in)compatibilidad del Acuerdo Económico Comercial Global firmado entre la UE y Canadá. Más conocido por sus siglas en inglés: *Comprehensive Economic and Trade Agreement* (CETA).

La petición era la siguiente:

“¿Es compatible con los Tratados, incluidos los derechos fundamentales, el Acuerdo Económico y Comercial Global entre Canadá, por una parte, y la Unión Europea y sus Estados miembros, por otra, firmado en Bruselas el 30 de octubre de 2016, en lo que atañe a la sección F (“Solución de diferencias en materia de inversiones entre inversores y Estados”) de su capítulo ocho (“Inversiones”)?”

Uno de los problemas que se planteaban era la compatibilidad del sistema de resolución de conflictos ISDS con el Derecho de la Unión.

El 29 de enero de 2019 el abogado general Yves Bot emitió sus conclusiones con Achmea sobrevolando todavía en el horizonte –hasta el punto de que realizó un análisis de la STJUE Achmea y su posible impacto en el mecanismo ISDS previsto en el CETA–. Y es que resulta necesario conjugar Achmea y CETA para valorar el futuro del arbitraje de inversiones y la UE⁴⁹³.

Las dudas de Bélgica acerca de la compatibilidad de este acuerdo residen si el mecanismo ISDS previsto en el acuerdo CETA es compatible con la competencia exclusiva del TJUE para la interpretación definitiva del Derecho de la Unión, el principio general de igualdad de trato y la exigencia de efectividad del Derecho de la Unión, y el derecho a un juez independiente e imparcial –que comprende no solo la imparcialidad e independencia en sentido estricto sino el acceso a la justicia por parte de personas físicas y pequeñas y medianas empresas–.

La Sección F del acuerdo CETA, intitulada “Solución de diferencias en materia de inversiones entre inversores y Estados” abarca las disposiciones 8.18 a 8.45. No por casualidad se ubica con posterioridad a cláusulas prototípicas de los APPRIIs como “Trato Nacional”, “Nación Más Favorecida” o el tan manido “Trato Justo y Equitativo”.

Esta Sección F prevé la creación de un tribunal CETA y un tribunal de apelación CETA para dirimir las disputas que pudieran surgir entre los inversores de Canadá y un Estado miembro y viceversa relativas a la interpretación y aplicación del CETA. Y también –y la novedad es relevante– entre un inversor canadiense y la propia UE como sujeto pasivo de un arbitraje de inversiones. La idea es pasar de esa concepción tradicional de un mecanismo de solución de controversias ISDS al establecimiento de un Sistema de Tribunales de

⁴⁹³ M. Lamela Fernández, “Perspectivas del arbitraje de inversiones en la Unión Europea”, en J.C. Fernández Rozas y F. Ruiz Risueño, *El arbitraje y la buena administración de la justicia. Libro conmemorativo del 30 Aniversario de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.

Inversiones (“STI”) permanente —en lengua inglesa, *Investment Court System* (ICS)—, del que el Tribunal CETA únicamente constituye una primera etapa.

Tras realizar un recorrido histórico por el auge reciente de los arbitrajes de inversión y sus beneficios respecto de la protección diplomática, el abogado general enumera las críticas que recibe el arbitraje de inversiones:

“Sin embargo, el arbitraje de inversión en su forma clásica es objeto de críticas, a saber, en particular, la falta de legitimidad y de garantía de independencia de los árbitros, la falta de coherencia y previsibilidad de los laudos, la imposibilidad de revisión del laudo pronunciado, el riesgo de «paralización normativa» [efecto disuasorio sobre las políticas que puede adoptar un Gobierno ante el riesgo de una avalancha de demandas por parte de inversores extranjeros] y los elevados costes del procedimiento.”

Y, por tanto, concibe el nuevo mecanismo planteado por el CETA como el desafío que debe afrontar la UE para garantizar un sistema tan beneficioso como es el ISDS tradicional, pero con las mejoras apuntadas para responder a las críticas que recibe el actual modelo.

No duda, por tanto, en calificarlo como un sistema híbrido “*entre un tribunal arbitral y un órgano jurisdiccional internacional*”⁴⁹⁴ que se situaría a la vanguardia de los mecanismos arbitrales de solución de conflictos. Más bien se asemejaría —opinamos— a la Corte Internacional de Justicia, pues finalmente lo que se prevé es un tribunal permanente formado por 15 miembros que se renovarían —por una sola vez— cada cinco años. Y los Laudos (así lo denomina) serían recurribles ante el Tribunal de Apelación permanente.

Según el apartado 8.28 del CETA serán tres los motivos en los que se pueda sustentar una apelación:

- a) errores en la aplicación o interpretación del Derecho aplicable;
- b) errores manifiestos en la apreciación de los hechos, incluida la apreciación del Derecho nacional pertinente;
- c) los motivos contemplados en el art. 52, apartado 1, letras a) a e), del Convenio del CIADI, en la medida en que no estén contemplados en las letras a) y b).

Recordemos las causas de anulación a las que se remite por referencia el apartado c):

- (a) que el Tribunal se hubiere constituido incorrectamente;
- (b) que el Tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades;
- (c) que hubiere habido corrupción de algún miembro del Tribunal;
- (d) que hubiere quebrantamiento grave de una norma de procedimiento; o
- (e) que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde.

Como vemos, las causas de revocación no son las prototípicas de las legislaciones nacionales sino que abarca una verdadera apelación con posibilidad de revisar el fondo del asunto en sus más amplios términos.

El mecanismo previsto en el CETA se inspira y tiene como referencia —cuando no se remite directamente— al convenio CIADI. Así, con la novedad de que puede acudir a la mediación⁴⁹⁵, las partes pueden solicitar que sea el Secretario General del CIADI quien nombre al mediador.

Respecto a la presentación de demandas, primero deberá someterse a un periodo de consultas —que en la práctica actúa como una cláusula escalonada que impide al inversor

⁴⁹⁴ Párr. 18.

⁴⁹⁵ Art. 8.20 CETA

someter la controversia al tribunal CETA hasta que finalice ese periodo de consultas⁴⁹⁶. Transcurridos 90 días sin acuerdo, el inversor proporcionará a la Unión Europea una notificación en la que se solicite que se determine cuál es el demandado. Esta notificación servirá como las actuales *trigger letters* y deberá indicarse también las “medidas” –que según el art. 1.1 CETA comprenden “una ley, un reglamento, una norma, un procedimiento, una decisión, una acción administrativa, un requisito, prácticas o cualquier otro tipo de medida adoptada por una Parte”– que se consideran infringidas (y atención porque conforme el art. 8.22 e) tendrá efectos preclusivos) y la UE deberá comunicarle en el plazo máximo de cincuenta (50) días quién será la parte demandada⁴⁹⁷. Y si la UE no comunicara quién deberá actuar como parte demandada, luego no podrá oponerse a la elección efectuada por el inversor. Aquí cobra especial relevancia el Reglamento 912/2014 que hemos desarrollado *ut supra* respecto a quién asume la posición de demandado y quién asume los costes legales del arbitraje.

Como era también habitual en los APPRI (y como sucede también en el art. 26 TCE), se concede al inversor la posibilidad de elegir el tipo de arbitraje bajo el que pretende sustanciar su demanda⁴⁹⁸:

- “a) el Convenio del CIADI y las reglas procesales aplicables a los procedimientos de arbitraje;
- b) el Reglamento del mecanismo complementario del CIADI, en caso de que no sean aplicables las condiciones para los procedimientos con arreglo a la letra a);
- c) el Reglamento de arbitraje de la CNUDMI; o
- d) cualquier otra normativa que acuerden las partes en la diferencia.”

Para favorecer la reducción de costes se propone que sea un único árbitro quien sustancie la demanda en caso de PYMES o en caso de una reclamación relativamente baja⁴⁹⁹.

Por otro lado, resulta muy importante el avance que se produce y la falta de escepticismo respecto del *third party funding* que ha venido para quedarse. En el CETA, conscientes de que no se pueden poner puertas al mar, han optado por exigir transparencia al fondo de inversión que financie un procedimiento *ex art. 8.26 CETA*:

“1. Cuando exista financiación de una tercera parte, la parte en la diferencia que se beneficie de ella deberá comunicar a la otra parte en la diferencia y al tribunal el nombre y la dirección del financiador de la tercera parte.

2. La comunicación se efectuará en el momento de la presentación de la demanda, o, en caso de que el acuerdo de financiación haya concluido o de que la donación o la subvención se hayan realizado tras la presentación de una demanda, sin dilación alguna en cuanto concluya el acuerdo o se realice la donación o la subvención.”

Y es que, como recuerda el abogado general, “el CETA pretende promover las inversiones transfronterizas entre la Unión y Canadá dotando a los inversores de las Partes contratantes de un grado de protección elevado respecto de sus inversiones y protegiendo al mismo tiempo la potestad normativa de todas las Partes”⁵⁰⁰.

⁴⁹⁶ Art. 8.19 CETA.

⁴⁹⁷ Art. 8.21 CETA.

⁴⁹⁸ Art. 8.23

⁴⁹⁹ Art. 8.23 (5)

⁵⁰⁰ , ap. 30 Conclusiones abogado general.

Sentado lo anterior, el abogado general, responde a las cuestiones planteadas por Bélgica desde la óptica de la posible incompatibilidad del CETA con el acervo comunitario.

En este punto debemos recordar lo desarrollado hasta ahora: tras el Dictamen 1/03 del TJCE se consideró que la UE tenía capacidad jurídica para firmar Tratados con otros países. Tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa se ampliaron las competencias de la UE que asumió la PCC y dentro de esta política comercial se incluyeron también las inversiones extranjeras directas (art. 207 TFUE). Mientras, respecto de las inversiones que no son directas, el TJUE en su dictamen 2/15 en el que se examinaba la compatibilidad del TLC suscrito entre la UE y Singapur consideró que tenía competencias compartidas *ex art. 4*, apartados 1 y 2, TFUE⁵⁰¹.

En consecuencia, el abogado general no duda al señalar que las instituciones de la UE tienen plena facultad para decidir, mediante la aplicación de la PCC, si se someten a un arbitraje internacional⁵⁰². En consecuencia, renuncia a enjuiciar desde una óptica política que no le compete sobre la posibilidad de adherirse a un sistema ISDS y se limita a pronunciarse sobre la (in)compatibilidad del sistema de arbitraje de inversiones con el Derecho primario comunitario:

“El único aspecto que procede examinar es la cuestión de si, al adherirse a la práctica del arbitraje de inversión y adaptar esta última con miras a que evolucione hacia un modelo de naturaleza judicial, el Acuerdo previsto es, desde un punto de vista estrictamente jurídico, compatible con el Derecho primario de la Unión”.

Recordemos cuáles eran, a juicio de Bélgica, los problemas del CETA con el Derecho de la UE y, en particular, del sistema ISDS (tendente a un sistema STI) diseñado en el acuerdo:

“... la competencia del Tribunal de Justicia, el principio de igualdad de trato y la exigencia de efectividad del Derecho de la Unión, y el derecho a un juez independiente e imparcial.”

No parece que la última vicisitud planteada por Bélgica revista una especial complejidad con el Derecho de la UE —a excepción del acceso a la justicia— que admitía la compatibilidad de los arbitrajes (comerciales, eso sí) con el Derecho de la UE cuyo nombramiento de árbitros no dista, en lo referente a la compatibilidad, del sistema previsto en el Acuerdo CETA.

El objetivo del art. 218 TFUE al solicitar el Dictamen previo del TJUE es evitar que con posterioridad a la firma de un acuerdo internacional entre la UE y un tercer Estado se susciten dudas sobre la compatibilidad del acuerdo. En particular, que tras asumir la UE compromisos internacional, se judicializara un asunto conforme a ese tratado internacional y luego el TJUE indicara que es incompatible con el Derecho de la UE. Lo cual resulta perturbador para el Derecho Internacional.

Si se nos permite un breve *excursus* esta es una de las razones —adicionales— por la cual la STJUE Achmea (aunque el TJUE no lo diga abiertamente) no debería afectar a tratados multilaterales en los que la UE forme parte, porque siempre se pudo activar este mecanismo previsto en el art. 218 TFUE (antiguo art. 228 del Tratado Constitutivo de las Comunidades Europeas en su versión modificada por el artículo G.80 del TUE; en vigor en el momento

⁵⁰¹ *Vid.*, ap. 243 Dictamen 2/2015.

⁵⁰² Ap. 32 Conclusiones abogado general.

de firmarse el TCE) sobre la incompatibilidad del TCE con el Derecho de la UE, lo que no ocurrió.

2. Sobre la compatibilidad del CETA con la competencia exclusiva del Tribunal de Justicia para la interpretación definitiva del Derecho de la Unión

Las dudas que se le suscitan a Bélgica sobre la compatibilidad del CETA con el Derecho de la UE se basan en que en virtud de los arts. 8.18 y 8.31 el tribunal arbitral designado estaría obligado –o podría verse obligado– a realizar una interpretación del Derecho de la UE que estuviera inédita hasta la fecha. Entendemos que las dudas de Bélgica –no explicitadas– se refieren a que el CETA se apartaría del art. 19 TUE y 344 TFUE –también, por conexión, el 267 TFUE– sobre la competencia exclusiva del TJUE para interpretar y aplicar el Derecho de la UE como ya se había manifestado, entre otros, en el dictamen 2/2013 cuyo párrafo 246 recuerda:

“El principio de competencia exclusiva del Tribunal de Justicia para la interpretación definitiva del Derecho de la Unión”.

Responsabilidad que comparte con los órganos jurisdiccionales nacionales en virtud del principio de cooperación leal del 4.3 TFUE pero que no es compartida por los tribunales arbitrales. El abogado general recuerda que la autonomía del Derecho de la UE no equivale a “autarquía”⁵⁰³.

El primer paso es encuadrar si el CETA como tratado internacional formaría parte del Derecho de la UE. El abogado general no vacila y en aplicación del art. 216 TFUE considera que:

“... el CETA se integrará automáticamente en el ordenamiento jurídico de la Unión, del que formará parte al igual que el resto de las fuentes normativas de la Unión”⁵⁰⁴.

Es más, recordemos que el CETA tendría primacía sobre el Derecho derivado (Sentencias de 10 de septiembre de 1996, *Comisión/Alemania*, C-61/94, Rec. p. I-3989, apartado 52, y de 1 de abril de 2004, *Bellio F.lli*, C-286/02, apartado 33 o 10 de enero de 2006, *IATA* C-344/04, apartado 35).

Ahora bien, una pregunta básica que hay que hacerse para conocer el grado de vinculación del CETA con el ordenamiento jurídico de la UE es si tiene o no efecto directo. Dado que en caso de que lo tuviera los órganos judiciales de los Estados miembros estarían obligados a aplicar CETA, con la consecuente dificultad de que conviviera con el Derecho de la UE.

Lo descarta, al igual que ocurre en el resto de TLCs, el propio acuerdo CETA, cuyo art. 30.6 dispone:

“1. Ninguna disposición del presente Acuerdo se interpretará en el sentido de que conceda derechos o imponga obligaciones a personas, distintos de los creados entre las Partes en virtud del Derecho

⁵⁰³ Ap. 59.

⁵⁰⁴ Ap. 60.

internacional público, ni en el sentido de que el presente Acuerdo pueda invocarse directamente en los ordenamientos jurídicos internos de las Partes.

2. Ninguna de las Partes podrá prever un derecho de recurso con arreglo a su Derecho interno contra la otra Parte aduciendo que una medida de la otra Parte es incompatible con el presente Acuerdo.”

Con lo cual el CETA conviviría con el ordenamiento jurídico europeo pero no se mezclaría con él dado que los tribunales de los Estados miembros no podrán invocarlo para resolver –en Derecho– una controversia. En consecuencia, resulta coherente prever un mecanismo de solución de disputas diferente al ordinario. Ocurre lo mismo, por ejemplo, respecto a la OMC, donde la UE es parte –al igual que los Estados miembros por separado y a título individual– que tiene su propio sistema de resolución de disputas (OSD) y en el que no intervienen ni los órganos judiciales internos ni tampoco el TJUE⁵⁰⁵. Y los Estados miembros no pueden actuar como un subconjunto dentro de la propia OMC a la que se apliquen criterios diferentes porque la normativa OMC debe resultar aplicables a todos por igual para evita run desequilibrio normativo en función del país suscribiente –máxime si suscribe sin reservas–.

El segundo elemento es comprobar que la UE en sus relaciones internacionales tiene capacidad para formalizar acuerdos internacionales que suponga un sometimiento a órganos judiciales distintos de los recogidos en el art. 19 TUE. El dictamen 2/2013 (párr. 182) lo confirmaba:

“... un acuerdo internacional que prevea la creación de un órgano jurisdiccional encargado de la interpretación de sus disposiciones y cuyas decisiones vinculen a las instituciones, incluido el Tribunal de Justicia, no es, en principio, incompatible con el Derecho de la Unión, especialmente cuando, como en el presente caso, la celebración de tal acuerdo está prevista en los propios Tratados. En efecto, la competencia de la Unión en materia de relaciones internacionales y su capacidad para celebrar acuerdos internacionales implica, necesariamente, la facultad de someterse a las resoluciones de un órgano jurisdiccional creado o designado en virtud de tales acuerdos, por lo que a la interpretación y a la aplicación de sus disposiciones se refiere.”

Pero tampoco parece una solución novedosa cuando ya la UE había firmado otros tratados internacionales a título individual que comprendían la posibilidad de ser demandado ante tribunales internacionales (por ejemplo, en el ámbito del TCE o de la OMC). Sin embargo se había opuesto en dos ocasiones, pero siempre por el mismo motivo: que el tribunal creado interpretara y aplicara, además de las reglas del acuerdo internacional por el que es creado, otros instrumentos del Derecho de la UE reservados al TJUE. Así:

i) Dictamen 1/09 TJUE sobre la creación de un sistema unificado de resolución de litigios en materia de patentes⁵⁰⁶:

“(78) En cambio, el órgano jurisdiccional internacional previsto en el presente proyecto de acuerdo está llamado a interpretar y aplicar no sólo las disposiciones del mismo acuerdo sino también del futuro reglamento sobre la patente comunitaria así como de otros instrumentos del Derecho de la Unión, en particular reglamentos y directivas con los que el citado reglamento debería, en su caso, ser conjuntamente interpretado, a saber disposiciones relativas a otros regímenes de propiedad intelectual, así como las reglas del Tratado FUE relativas al mercado interior y al Derecho de la competencia. De igual modo, es posible que

⁵⁰⁵ Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (OMC), firmado en Marrakech el 15 de abril de 1994.

⁵⁰⁶ Dictamen 1/09 del TJUE (Pleno) de 8 de marzo de 2011

el TP esté llamado a dirimir un litigio pendiente ante él a la luz de los derechos fundamentales y los principios generales del Derecho de la Unión, o incluso a examinar la validez de un acto de la Unión.”

ii) Dictamen 2/13 TJUE (Pleno) de 18 de diciembre de 2014 sobre la compatibilidad con el CEDH:

“Pues bien, si no se permitiese al Tribunal de Justicia aportar la interpretación definitiva del Derecho derivado y si el TEDH, al examinar la conformidad de ese Derecho con el CEDH, diese por sí mismo una interpretación determinada de entre todas las posibles, se estaría vulnerando sin lugar a dudas el principio de competencia exclusiva del Tribunal de Justicia para la interpretación definitiva del Derecho de la Unión.”

La clave estaba, entonces, en si de alguna manera existía en el ámbito del CETA una primacía o separación del derecho internacional respecto del Derecho comunitario para que el acuerdo CETA cobre virtualidad y no resulte incompatible con el Derecho de la UE.

El abogado general basa esta posibilidad en el principio de *reciprocidad* del Derecho Internacional, aderezado también con el principio de *neutralidad*, para sostener que no existe incompatibilidad. El problema reside en que, como es obvio, un inversor canadiense que efectúe una inversión en un Estado miembro, estará sujeto a la legislación nacional de ese Estado miembro y, en consecuencia, también al Derecho de la UE. Pero el abogado general añade que no es previsible un nivel de protección simétrico entre los inversores de la UE y los inversores canadienses –aquí posiblemente se excede al conceder una mayor credibilidad al sistema jurídico de los Estados miembros–⁵⁰⁷. En consecuencia –y, aunque no lo diga expresamente, basa la necesidad del CETA en el principio de igualdad–:

“La existencia de niveles de protección diferentes en los Derechos internos de las Partes contratantes hace, pues, necesario que se celebre un acuerdo bilateral que permita a los inversores de cada Parte contratante obtener una protección idéntica cuando efectúan una inversión en el territorio de la otra Parte.”⁵⁰⁸

Y, por tanto, justifica que el Derecho internacional desplace al Derecho de la UE por el hecho de que la propia UE ha asumido voluntariamente la suscripción de un acuerdo que permite a los inversores canadienses demandar a los Estados miembros e incluso a la propia UE ante un sistema de resolución de conflictos previsto en el propio Acuerdo CETA:

“La aplicación de la reciprocidad en las relaciones exteriores convencionales de la Unión se justifica por el hecho de que, como sujeto de Derecho internacional, la Unión está sometida a las normas de Derecho internacional a las que se ha adherido voluntariamente, entre las que se incluye la obligación de reciprocidad”⁵⁰⁹.

Apenas un párrafo antes de alcanzar esta acertada conclusión –luego veremos las implicaciones con Achmea y si esta opinión unida al Dictamen 1/17 podría motivar o justificar un cambio de postura del TJUE– el abogado general menciona el “*miedo*” de los inversores a enfrentarse a un órgano jurisdiccional nacional. A nuestro juicio, al celebrarse un TLC entre un organismo como la UE y un país como Canadá, no es el “*miedo*” lo que justifica la creación de un mecanismo de solución de controversias paralelo e independiente de los ordinarios. Lo podría ser en caso de que el TLC se suscribiera con un país con un menor índice de fiabilidad. Son, pues, las propias ventajas inherentes al arbitraje, la especialización

⁵⁰⁷ Ap. 73 Acuerdo CETA.

⁵⁰⁸ Ap. 74 Acuerdo CETA.

⁵⁰⁹ Ap. 77 Acuerdo CETA.

que se presume de un Tribunal de inversiones –materia con la que no están habituados a lidiar los órganos judiciales nacionales– unida al criterio de reciprocidad, neutralidad e igualdad las que justifican la creación de este mecanismo de solución de controversias.

Reciprocidad que alcanza no solo el plano negativo sino el positivo: la UE persigue entre sus políticas de acción exterior que los inversores europeos exportadores de capitales tengan la garantía de que sus inversiones serán tratadas con la fiabilidad que se tratan dentro del territorio UE. Y también persigue atraer inversión.

De forma indefectible, el abogado general se enfrenta a la difícil tarea de deslindar *Achmea* de las conclusiones que había alcanzado. Pues muchos de los argumentos ofrecidos podrían extrapolarse a los arbitrajes de inversión. Así se había entendido, por ejemplo:

i) Arbitraje 2014/181, de la Cámara de Estocolmo, *Anglia Auto Accessories Ltd. c. República Checa*, cuyo Laudo final⁵¹⁰ rechaza la incompatibilidad con el TFUE porque considera que lo que tiene que aplicar es el APPRI y no el Derecho de la UE:

“127. The Tribunal further notes that Article 344 of the TFEU concerns EU Members States’ undertaking to submit to the dispute resolution mechanism of the TFEU for the “interpretation or application of the Treaties [namely, the TFEU and the Treaty on European Union, as per Article 1(2) of the TFEU]”; likewise, Article 267 of the TFEU concerns the exclusive jurisdiction of the EU Court of Justice for “the interpretation of the Treaties”. The Tribunal notes, in this respect, that it is called to interpret and apply the BIT, not the TFEU or the Treaty on European Union. Conversely, and subject to its determination of the Respondent’s remaining jurisdictional objections, this Tribunal has jurisdiction only to determine matters of interpretation and application of the BIT between the disputing Parties and in relation to the present dispute.

128. As a result, this Tribunal having and exercising jurisdiction under the BIT does not create an incompatibility with Article 267 of the TFEU and the EU Court of Justice’s jurisdiction to interpret and apply the TFEU. The Respondent’s jurisdictional objection on this basis is therefore dismissed.”

ii) O, más significativo, en el asunto *Vattenfall*⁵¹¹ que ya se refería al TCE y no a un AP-PRI:

“162. In particular, the ECT is not an agreement concluded “between Member States”, as referred to by the ECJ. The ECT is a multilateral treaty, to which the EU itself is a party, alongside its Member States. Unlike the Dutch–Slovak BIT, the ECT is a “mixed agreement” between both Member States and third States, in addition to the EU itself. The wording of Article 26 ECT is different to Article 8 of the Dutch–Slovak BIT. In addition, the ECT contains different provisions impacting upon the interpretation of the treaty provisions in their context [...]

165. In light of the Tribunal’s considerations above, EU law may not be “taken into account” under the principles in VCLT Article 31 to interpret Article 26 ECT in the manner sought by the EC — and in particular, it cannot be used to generate a meaning of Article 26 that departs from the ordinary meaning of the terms of that Article.”

Donde además, concluyó que el TCE abarca una materia distinta a la de los arts. 3 44 y 267 TFUE:

⁵¹⁰ Laudo final 10 de marzo de 2017, Arbitraje 2014/181, de la Cámara de Estocolmo, *Anglia Auto Accessories Ltd. c. República Checa*.

⁵¹¹ *Vattenfall AB, Vattenfall GmbH, Vattenfall Europe Nuclear Energy GmbH, Kernkraftwerk Krümmel GmbH & Co. oHG y Kernkraftwerk Brunsbüttel GmbH & Co. oHG c. República Federal de Alemania*, Caso CIADI No. ARB/12/12, Decisión sobre la Cuestión de *Achmea*, 31 de agosto de 2018,

“194. On Respondent’s case, Articles 267 and 344 TFEU prohibit intra-EU ECT arbitrations. This Tribunal does not agree that those provisions “concern the same subject matter” as Part III or Part V ECT. However, taking Respondent’s submission at face value and assuming for the sake of argument that Articles 267 and 344 TFEU are understood to “concern” investor-State dispute settlement, this would necessarily bring Article 16 ECT into application. The Tribunal also considers that Article 26 ECT, granting the possibility to pursue arbitration, would be understood as “more favourable to the Investor”, insofar as the EU Treaties are interpreted to prohibit that avenue of dispute resolution.”

Con estos (complicados) antecedentes, correspondía analizar por qué las conclusiones alcanzadas en STJUE *Achmea* no eran extrapolables a CETA. El abogado general funda su distinción en que STJUE *Achmea*, más allá de declarar la incompatibilidad del art. 8 del APPRI Países Bajos – República de Eslovaquia con los arts. 267 y 344 TFUE, en realidad el hilo conductor de esa incompatibilidad la suponen la infracción al principio de cooperación leal (art. 4.3 TFUE) y confianza mutua (art. 2 TUE)⁵¹². El Acuerdo CETA no podría asentarse nunca sobre esos principios porque solo afectan a las relaciones entre Estados miembros y no resulta de aplicación a las relaciones con terceros estados como es Canadá. En cambio, la Sección F del Acuerdo CETA regula la relación entre Estados miembros y terceros estados. Con lo cual, en este caso, no se podría sustraer la competencia del TJUE – como resueltamente ocurría en *Achmea*– porque el TJUE no resulta competente para dirimir las controversias que enfrentan a Estados miembros o la propia UE con terceros estados.

El abogado general añade una conclusión que, aunque compartimos, podría tambalear la defensa a ultranza que realiza la Comisión Europea respecto a la “autonomía del Derecho de la UE” en los arbitrajes de inversión que enfrentan a inversor de un Estado miembro con otro en el ámbito del TCE:

*“110. [...] el CETA, como se expone más adelante, precisa de manera inequívoca que el único Derecho aplicable ante el Tribunal del CETA son las disposiciones pertinentes de este último Acuerdo, interpretadas conforme al Derecho internacional. El Derecho interno de ambas Partes contratantes, del que forma parte, en el caso de los Estados miembros, el Derecho de la Unión, únicamente puede ser tenido en cuenta por ese Tribunal como un elemento de hecho, y cualquier sentido que se haya dado al Derecho interno no será vinculante para los órganos jurisdiccionales o las autoridades de la Parte contratante demandada. Además, a diferencia de lo que sucede en el caso de los tratados bilaterales de inversión entre Estados miembros como el que es objeto del asunto en el que recayó la Sentencia *Achmea*, el Derecho de la Unión no forma parte del Derecho internacional aplicable a las Partes contratantes.”*

Y es que el TCE en su art. 26.6 también “*precisa de manera inequívoca*” (por emplear los mismos términos que el abogado general) que el Derecho Internacional resultará de aplicación a las controversias suscitadas entre las partes contratantes. Y, aunque es cierto que el Derecho de la UE forma parte también del Derecho internacional en el ámbito *Achmea*, de ello no se deriva ningún tipo de primacía sobre el Derecho internacional, sino que pueda coadyuvar a comprender elementos fácticos como la motivación de las modificaciones legislativas efectuadas por los Estados miembros.

La última afirmación esbozada por el abogado general “*el Derecho de la Unión no forma parte del Derecho internacional aplicable a las Partes contratantes*” permite dar solaz a las conclusiones STJUE *Achmea* e incluso extrapoladas a arbitrajes de inversión surgidos de tratados multilaterales, porque lo que pretende decirnos el abogado general es que cuando se enfrente un inversor de un Estado miembro a otro Estado miembro, el Derecho de la UE forma parte del Derecho internacional aplicable al fondo del asunto y, en

⁵¹² Ap. 108 opinión abogado general Acuerdo CETA.

consecuencia, como el TJUE es el máximo (y único) válido intérprete de dicho Derecho, el tribunal arbitral no tendría competencia.

¿Pero es esto así? En el ámbito del TCE, al igual que cualquier otro tratado multilateral de inversiones, se faculta al tribunal arbitral a conceder una indemnización conforme a lo expuesto en el propio tratado (en el TCE, resueltamente, los arts. 10 y 13). ¿Es necesario siempre acudir a las disposiciones del Derecho de la UE para averiguar si se ha otorgado un tratado justo y equitativo o si se han defraudado las expectativas legítimas del inversor? Al igual que el Derecho de la UE es “autónomo” y debe preservarse, los propios tratados internacionales también son “autónomos” y “recíprocos” de tal manera que deben aplicarse de manera uniforme a todas las partes contratantes.

El hecho de que el Derecho de la UE pueda servir al tribunal arbitral para determinar si el inversor extranjero tenía derecho a cobrar una expectativa legítima –por ejemplo– es un elemento más fáctico que jurídico siempre que el tribunal arbitral pueda determinar el derecho indemnizatorio del inversor sin necesidad de basarlo en las disposiciones del Derecho comunitario.

También, que desde luego no prohíbe el Derecho internacional, es posible acudir a la legislación comunitaria o nacional como en elemento adicional que sirve para que el tribunal arbitral comprenda las razones por las que se adoptó la medida en cuestión y valore entonces si se han defraudado o no las expectativas legítimas o existido un trato poco justo y equitativo o si la medida, por el contrario, está justificada porque esas medidas controvertidas iban dirigidas a proteger el interés público particular del Estado miembro. De lo cual se deduce que si no fuera preciso interpretar la normativa europea, si el trato internacional es autosuficiente para generar derechos indemnizatorios a favor del inversor, por mucho que la disputa concerniera a un inversor de un Estado miembro frente a un Estado miembro, difícilmente podrá decirse que la decisión del tribunal arbitral pone en peligro la autonomía del Derecho de la UE.

Así se ha resuelto en varios supuestos al amparo del TCE. El primero de ellos es el *Asunto 9ren c. Reino de España*:

“La Demandante pide un derecho a indemnización por violación de los Arts. 10 y 13 del TCE no como consecuencia a la conducta de la UE sino a la conducta del Estado español. El estado de cumplimiento de la ley de la UE por parte de España es, en lo que respecta a la Demandante, *res inter alios acta*.⁵¹³”

Pero el ámbito del trato justo y equitativo y la confianza legítima que se pregonaba de los arts. 10 y 13 TCE sería muy similar a las secciones “C” y “D” del Acuerdo CETA cuya compatibilidad defiende el abogado general y ha quedado corroborado con la emisión del Dictamen 1/2017 TJUE. Porque precisamente –*supra* al citar el caso *9REN c. Reino de España*– los tribunales arbitrales han indicado que STJUE *Achmea* no resulta de aplicación *inter alia* porque ellos tienen competencia, concedida por el propio TCE, para dirimir si se ha producido una infracción del trato justo y equitativo o las expectativas legítimas conforme al propio TCE y sin necesidad de acudir al Derecho comunitario. Y esto, en el fondo, es lo que sostiene el abogado general al permitir la compatibilidad del CETA e indicar que existen suficientes garantías para preservar la competencia exclusiva del TJUE respecto de la interpretación definitiva del Derecho de la Unión:

“121. Por otra parte, en lo que concierne al Derecho aplicable y su interpretación, el art. 8.31, apartado 1, del CETA dispone que, «al comunicar su decisión, el tribunal [...] aplicará el presente Acuerdo

⁵¹³ Ap. 169 Laudo final.

interpretándolo de conformidad con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados [hecha en Viena el 23 de mayo de 1969] y con otras normas y principios de Derecho internacional aplicables entre las Partes».

122. De esta disposición se deduce que, al adoptar su decisión, el Tribunal del CETA se limita a aplicar dicho Acuerdo y el resto de normas y principios de Derecho internacional aplicables entre las Partes, de suerte que no es competente para aplicar las normas del Derecho de la Unión. 107 Por tanto, el Derecho interno de las Partes contratantes no está comprendido entre las normas de Derecho aplicables a las diferencias que el Tribunal del CETA está llamado a dirimir.”

Y es que el tribunal CETA no tiene competencia para controlar ni imponer su criterio respecto al Derecho de la UE; de tal manera que no pone en peligro la competencia del TJUE como último intérprete y aplicador del Derecho de la UE. El tribunal CETA “*está destinado a controlar la compatibilidad de los actos adoptados por las Partes contratantes con las disposiciones pertinentes del CETA, al objeto de resarcir a los inversores que han sufrido un perjuicio en caso de que se constate la existencia de una incompatibilidad.*”⁵¹⁴

Incluso va más allá y reconoce que en algún determinado momento —como es obvio— puede resultar necesario para el tribunal arbitral considerar el Derecho de la UE. Y lo resuelve bajo el criterio de “vinculación”: mientras que el Tribunal CETA estará obligado a seguir las resoluciones del TJUE, el TJUE no estará obligado a observar la “jurisprudencia del tribunal CETA”:

“138. De las consideraciones que preceden resulta que el Tribunal del CETA está sujeto a la interpretación del Derecho de la Unión dada por el Tribunal de Justicia —que el art. 8.31, apartado 2, del CETA le exige seguir—, mientras que la interpretación del Derecho de la Unión que lleve a cabo aquel Tribunal no es vinculante para el Tribunal de Justicia, las instituciones de la Unión o los órganos jurisdiccionales o las autoridades nacionales.”

Lo cual es la continuación de lo que había manifestado el TJUE en el Dictamen 2/2013 al indicar que no se podrá imponer al TJUE una interpretación del Derecho de la UE:

“184. En particular, la intervención de los órganos a los que el CEDH confiere competencias decisorias, contemplada en el acuerdo previsto, no debe tener como efecto imponer a la Unión y a sus instituciones, en el ejercicio de sus competencias internas, una interpretación determinada de las normas del Derecho de la Unión (*vid.* los dictámenes 1/91, EU:C:1991:490, aps. 30 a 35, y 1/00, EU:C:2002:231, apartado 13).”

En consecuencia, los Laudos que se dicten influyen o deben ser aplicados por el TJUE y sus efectos están limitados —como es tradicional en el arbitraje de inversiones— y vinculan exclusivamente a las partes involucradas en el arbitraje *ex art.* 8.41 CETA.

Así, el art. 8.31, apartado 2, CETA:

“2. El tribunal no será competente para determinar la legalidad de una medida que supuestamente constituya una violación del presente Acuerdo, de conformidad con el Derecho interno de una Parte. Para mayor seguridad, al determinar la compatibilidad de una medida con el presente Acuerdo, el tribunal podrá tener en cuenta, en su caso, el Derecho interno de una Parte como un elemento de hecho. Al hacerlo, el tribunal seguirá la interpretación predominante dada al Derecho interno por los órganos jurisdiccionales o las autoridades de dicha Parte, y cualquier sentido que el tribunal haya dado al Derecho interno no será vinculante para los órganos jurisdiccionales o las autoridades de dicha Parte.”

⁵¹⁴ *Op. cit.*, ap. 124.

Por tanto, el tribunal CETA no podrá declarar la nulidad de la “medida” objeto de controversia. Lo que podrá es declarar que esa “medida” ha provocado que un inversor no reciba un trato justo y equitativo, que merezca una indemnización por haberse defraudado sus expectativas legítimas o, en el caso de las expropiaciones ilícitas, restituirle la propiedad del bien expropiado. Pero precisamente esto es lo que ocurre también en el arbitraje de inversiones. El tribunal CIADI no tiene capacidad para forzar a un Estado miembro –como sí tiene el TJUE– a que derogue una determinada norma⁵¹⁵. Pero sí tiene la facultad –por la firma del Convenio CIADI, no lo olvidemos– de conceder una indemnización de daños y perjuicios a un inversor. A mayor abundamiento, tampoco el CIADI genera “jurisprudencia”⁵¹⁶ por lo que no sería en ningún caso vinculante para la UE y sus instituciones como tampoco lo es el Acuerdo CETA al reconocer en su art. 8.41, apartado 1, que el Laudo carece de efectos erga omnes: “Cualquier laudo dictado de conformidad con la presente sección será vinculante para las partes en la diferencia con respecto al asunto de que se trate” solo significan que el Laudo no tiene efectos erga omnes p. De tal manera que los argumentos del abogado general podrían utilizarse por parte de los inversores para sostener la validez del arbitraje de inversiones que se suscite de un acuerdo multilateral como el TCE.

El art. 8.39 CETA es un exponente de lo anterior:

1. En caso de que el tribunal emita un laudo definitivo contra el demandado, el tribunal únicamente podrá adjudicar, de forma separada o combinada: a) una indemnización pecuniaria y los intereses que sean aplicables; b) la restitución de la propiedad, en cuyo caso el laudo establecerá que el demandado pueda pagar indemnizaciones pecuniarias que representen el valor justo de mercado de la propiedad en el momento inmediatamente anterior a que se diera a conocer la expropiación o la expropiación inminente, si esta última fecha es anterior, así como los intereses que fueran aplicables en lugar de la restitución, lo cual debe determinarse de conformidad con el art. 8.12.

¿Pero sobre qué base puede conceder la indemnización? El Acuerdo CETA en su art. 8.18 aclara que podrán presentarse demandas por infracción de:

“a) la sección C [Trato no discriminatorio], con respecto a la ampliación, la realización, la explotación, la gestión, el mantenimiento, el uso, el disfrute y la venta o enajenación de su inversión cubierta; o

b) la sección D [Protección de las inversiones (i.e expropiación o medida equivalente a una expropiación)], en caso de que el inversor alegue haber sufrido pérdidas o daños como consecuencia de la supuesta infracción.”

Respecto al choque frontal entre el principio de legalidad (“derecho a regular”) y los derechos indemnizatorios de los inversores –clave de bóveda de cualquier arbitraje de inversión– el Acuerdo CETA aprehende las críticas suscitadas por la opinión pública y protege las modificaciones legislativas de los Estados miembros reduciendo la posibilidad de demandar por estos cambios:

⁵¹⁵ Vid. *9REN HOLDING S.À.R.L. c. España*, Caso CIADI No. ARB/15/15, Laudo final de 31 de mayo de 2019, , ap. 171: “La Demandante no pretende revertir las modificaciones de los beneficios de las FIT. Por el contrario, los cambios tarifarios y las modificaciones a los beneficios de la FIT bajo la legislación nacional española constituyen su fundamento jurídico para su reclamación con arreglo al TCE. Si las modificaciones a las regulaciones no fueran válidas, sería más apropiado que la Demandante recurriera a un tribunal español procurando su anulación”.

⁵¹⁶ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/6.

El Instrumento interpretativo conjunto sobre el CETA⁵¹⁷ reconoce el “Derecho a regular” sobre políticas de interés público⁵¹⁸:

“El AECEG conserva la capacidad de la Unión Europea y sus Estados miembros y de Canadá para adoptar y aplicar sus propias leyes y reglamentos que regulan la actividad económica en aras del interés público, a fin de lograr objetivos legítimos de política pública como la protección y promoción de la salud pública, los servicios sociales, la educación pública, la seguridad, el medio ambiente, la moral pública, la protección social o de los consumidores, la privacidad y la protección de datos, y la promoción y protección de la diversidad cultural.”

Lo que se replica en el art. 8.9 CETA que además añade una modificación legislativa en este sentido no supondrá el incumplimiento de las disposiciones del CETA:

“2. Para mayor seguridad, el mero hecho de que una Parte regule, incluso mediante una modificación de su legislación, de tal forma que afecte negativamente a las inversiones o no satisfaga las expectativas de un inversor, incluidas sus expectativas de beneficios, no constituye un incumplimiento de ninguna de las obligaciones establecidas en la presente sección.”

Desde luego que esta afirmación es matizable. Cuando se produce una modificación legislativa que afecta a una inversión negativamente, es preciso realizar un análisis minucioso para saber si el inversor tiene derecho a una indemnización. Varias preguntas emergen con facilidad: ¿Es una medida discriminatoria que solo afecta a la inversión concreta realizada por el inversor extranjero? ¿Era una medida necesaria para proteger el interés público? ¿Es una medida idónea? Con esta última pregunta el tribunal arbitral no puede sustituir el criterio del legislador –como una suerte de *legal judgement rule* derivada y tan manida en el ámbito del derecho mercantil por la *business judgement rule*–. Debe ser analizada en términos de razonabilidad. ¿Es razonable la medida adoptada por el legislador? En lugar de si existen otras medidas menos gravosas, que no es lo que debe analizar el tribunal arbitral porque no le compete sustituir el criterio del legislador.

Por último, respecto a la ejecución del Laudo y la compatibilidad con el Derecho de la UE, tenemos que traer a colación de nuevo la STJUE *Achmea*. En dicha Sentencia se declaró –aunque sin una fundamentación explícita y boyante que permitiera comprender las razones del TJUE– que el control limitado del Laudo que ofrecía el código procesal alemán hacía incompatible el art. 8 del APPRI con el Derecho de la UE *ex arts.* 267 y 344 TFUE. El razonamiento era criticable porque precisamente en *Achmea* el *Bundesgerichtshof* había planteado la cuestión prejudicial que permitió al TJUE pronunciarse sobre la compatibilidad del Derecho de la UE con el APPRI intra-UE y el código procesal alemán permitía la nulidad del Laudo por infracción del orden público (y con ello permitía un análisis del orden público europeo como en *Eco Swiss*).

El Acuerdo CETA puede resultar problemático porque al permitir a las partes escoger las reglas del procedimiento arbitral (CIADI, CNUDMI...) en caso de que se escojan unas reglas distintas a CIADI, el Laudo podrá someterse al control por orden público del lugar donde se pretenda la ejecución en aplicación del Convenio de Nueva York de 1958.

Sin duda, el CNY 1958 es uno de los tratados internacionales de mayor éxito histórico; pero en el ámbito de un TLC como el CETA se echa en falta que el Laudo fuera reconocido

⁵¹⁷ Instrumento interpretativo conjunto sobre el Acuerdo Económico y Comercial Global (AECEG) entre Canadá y la UE y sus Estados miembros emitido por el Consejo de la UE el 27 de octubre de 2016.

⁵¹⁸ J. L. Gómara Hernández, “El derecho a regular de los Estados. Una aproximación al CETA”, *Anuario de arbitraje*, 2017.

como una Sentencia interna del lugar donde se pretenda la ejecución como ocurre con el art. 54 del Convenio CIADI y sustraerla así de posteriores escrutinios. Máxime, no lo olvidemos, cuando el Acuerdo CETA permite un recurso de apelación en sus más amplios términos donde ya podría denunciarse esa infracción del orden público. en cualquier caso, los tribunales arbitrales no podrán dictar resoluciones no sometidas a su decisión por lo que no podrán aplicar el derecho de la UE, reservado al TJUE, so pena de que no se ejecute el laudo en virtud del CNY 1958; utilidad al menos de este Convenio para evitar injerencias de los tribunales permanentes.

Hay que tener en cuenta que una ejecución basada en el CNY 1958 en el que el vencido en un arbitraje se oponga por infracción del orden público europeo, podría dar lugar a que el tribunal del Estado miembro ante el que se planteara esa disyuntiva, elevara la cuestión prejudicial al TJUE. Se vulneraría de alguna forma el principio de *reciprocidad* al que alude tan asiduamente el abogado general dado que el Laudo tendría que pasar un doble filtro: orden público nacional, evaluable por el órgano nacional y orden público europeo, evaluable por el TJUE. Sería conveniente que el Laudo fuera vinculante y sin posibilidad de oponerse a su ejecución por parte del vencido, que ya cuenta con el mecanismo del recurso de apelación del propio Acuerdo CETA. Lo que garantiza la eficacia y credibilidad del Laudo.

3. Sobre el principio general de igualdad de trato y la exigencia de efectividad del Derecho de la Unión

Las dudas del Reino de Bélgica se originan porque consideran que se establece a favor de los inversores canadienses una vía jurisdiccional privilegiada al permitirse a los nacionales de dicho país escoger entre demandar ante el órgano jurisdiccional del Estado miembro o acudir a arbitraje; mientras que los nacionales de los Estados miembros tienen vedada la vía del arbitraje.

A juicio de Bélgica, esto podría conculcar los arts. 20 y 21 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales que prescribe que todos los ciudadanos son iguales ante la Ley y prohíbe la discriminación por razón de la nacionalidad. Máxime cuando una de las fórmulas de inversión es mediante la instauración de una filial en un territorio local, con lo que estaría en mejor condición esa filial europea de una empresa canadiense –pero considerada extranjera a efectos del Acuerdo CETA– que una empresa del propio país.

Esta primera pregunta es fácil de responder, aunque disintimos de la solución empleada por el abogado general. Así, mientras el abogado general considera que el Acuerdo CETA debe respetar la igualdad de trato pero que esta igualdad debe pregonarse respecto a situación comparables y que los nacionales canadienses no lo están, nosotros consideramos que los arts. 20 y 21 de la Carta Europea no aplican a terceros países que suscriban acuerdo con la UE. Los inversores de esos terceros países no están en situación e igualdad con lo que no es posible infringir la “igualdad de trato” por este motivo. Además, es la acción exterior de la UE, reconocida en el art. 207 TFUE la que permite concluir estos acuerdos con lo que una disposición interna tiene un ámbito de aplicación diferente del Acuerdo CETA con lo que forman parte de “ordenamientos paralelos”.

Por otro lado, el planteamiento de Bélgica es profundamente erróneo. Sí existe igualdad de trato en el CETA: las empresas de los Estados miembros que inviertan en Canadá estarán en la misma situación que las empresas canadienses que inviertan en la UE. Pretender, como apunta Bélgica, a que una empresa canadiense que invierta en un Estado miembro debería equipararse a una empresa de un Estado miembro que invierta en un Estado

miembro, produciría, sin lugar a dudas, en desequilibrio en la aplicación del tratado internacional que sería discriminatorio porque implicaría que mientras las empresas canadienses que invirtieran en la UE no podrían someterse a arbitraje porque tampoco pueden hacerlo las empresas de la UE que inviertan en la UE, las empresas europeas que invirtieran en Canadá sí podrían solicitar el arbitraje. Por esta razón el propio Gobierno alemán intervino a contradecir a sus homónimos belgas:

“207. Como el Gobierno alemán señaló acertadamente durante la vista, la situación de los inversores canadienses que invierten en la Unión no es comparable a la situación de los inversores europeos que invierten en su propio espacio económico. Únicamente pueden compararse los inversores canadienses o europeos en lo que respecta a las inversiones que estos últimos efectúan en el territorio de la otra Parte. Sobre la base de esta comparación, todos los inversores que se hallan en una situación comparable reciben un trato similar. En efecto, los inversores de ambas Partes contratantes no tienen acceso al Tribunal del CETA en relación con las inversiones efectuadas en el territorio de la Parte contratante de la que dependen. Esto se explica, como observó el Gobierno alemán, por el hecho de que estos inversores no han asumido los riesgos ni los costes de una inversión en un espacio económico extranjero y operan en un entorno jurídico que les resulta familiar.”

La segunda pregunta que erige el Reino de Bélgica es la relativa a que el Tribunal CETA pueda llegar a considerar que una multa impuesta a una empresa canadiense por una autoridad de competencia es contraria a la Sección “C” o “D” del Acuerdo CETA, en cuyo caso podría no ser compatible el Acuerdo CETA con el principio de efectividad y de igualdad de trato, pues los nacionales de los Estados miembros deberán acatar esa resolución sin la posibilidad de cuestionarla por la vía arbitral abierta por el Acuerdo CETA.

El abogado general las descarta por dos motivos:

Primero: el “derecho a regular” que ya hemos analizado que permite regular sin temor a demandas para alcanzar objetivos de interés público.

Segundo: las propias disposiciones del CETA, cuyo capítulo 17, titulado “Política de competencia”, dispone que:

“1. Las Partes reconocen la importancia de la competencia libre y sin distorsiones en sus relaciones comerciales. Son conscientes de que las conductas comerciales contrarias a la competencia pueden distorsionar el correcto funcionamiento de los mercados y mermar los beneficios de la liberalización del comercio.

2. Las Partes adoptarán las medidas apropiadas para prohibir las conductas empresariales contrarias a la competencia, reconociendo que estas medidas mejorarán el cumplimiento de los objetivos del presente Acuerdo.

3. Las Partes cooperarán en los asuntos relativos a la prohibición de las conductas empresariales contrarias a la competencia en la zona de libre comercio de conformidad con el Acuerdo entre las Comunidades Europeas y el Gobierno de Canadá relativo a la aplicación de sus normas de competencia, hecho en Bonn el 17 de junio de 1999.”

A lo anterior debemos añadir que una sanción de una autoridad de competencia nos encuadra dentro de las disposiciones del art. 8.18 que permitan activar una demanda: pues respecto a la sección C, una sanción de una autoridad de competencia no se inmiscuye en la ampliación, la realización, la explotación, la gestión, el mantenimiento, el uso, el disfrute y la venta o enajenación de su inversión cubierta; ni tampoco puede considerarse una “pérdida” o “daño” respecto a la sección D. Habría que ampliar significativamente el marco del art. 8.18 para encajar una sanción de una autoridad de competencia como una “medida” objeto de demanda.

4. Otras cuestiones

El Reino de Bélgica considera que el mecanismo de solución de controversias del Acuerdo CETA podría resultar incompatible con el art. 47 de la Carta⁵¹⁹; además de los indicados arts. 20 y 21. La razón que ofrece es que será muy complicado para las PYMES someterse a un arbitraje por los costes –artículos 8.27, aptdo. 14; y 8.39 del Acuerdo CETA– que deben soportar y porque a diferencia del art. 47 de la Carta que permite asistencia jurídica gratuita, el CETA no la concede.

Además, considera que el sistema de remuneración –que no es fijo– conculca la exigencia de un Juez independiente e imparcial. Máxime cuando la remuneración depende, en parte, del número de demandas que presenten los inversores. Lo que, a juicio de Bélgica puede contribuir al “*desarrollo de una jurisprudencia favorable a los inversores podría tener un efecto positivo en dicha remuneración*”⁵²⁰.

También critica el sistema de nombramiento de los árbitros porque:

“... dichos miembros son nombrados por el Comité Mixto, es decir, por el órgano ejecutivo del CETA, que está copresidido por el Ministro de Comercio Internacional de Canadá y el Miembro de la Comisión Europea responsable de Comercio (o por las personas que designen respectivamente).”

Por último, critica que los árbitros tengan como directrices deontológicas las Reglas de la IBA –absolutamente típicas en arbitraje internacional– en lugar de un código deontológico que emane de los propios “*jueces*”⁵²¹. Olvida Bélgica que las Reglas de la IBA, ampliamente aceptadas en el ámbito internacional, son reglas que exigen la máxima transparencia respecto de los árbitros.

El abogado general responde a la primera duda sobre la compatibilidad con el art. 47 indicando que el sistema de resolución de conflictos previsto en CETA es un sistema a caballo entre el arbitraje internacional y el tribunal internacional como órgano jurisdiccional sujeto a los parámetros del art. 47 de la Carta. Aunque este primer inicio es acertado, luego realiza una desafortunada afirmación indicando que la independencia e imparcialidad del Juez no es equiparable a la del sistema híbrido escogido “De ello se deduce que el grado de independencia e imparcialidad que se exija a un órgano de estas características debe ser adecuado a las especificidades antes citadas”⁵²² cuando la independencia del sistema es una barrera infranqueable y tampoco asoman dudas sobre que el sistema previsto en CETA respecto a la independencia e imparcialidad de los árbitros sea más relajado que en un sistema judicial tradicional.

⁵¹⁹ Art. 47. Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo.

Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar. Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia.

⁵²⁰ Ap. 229

⁵²¹ Ap. 236 y 237.

⁵²² Ap. 244.

Como tampoco lo es –en términos de independencia e imparcialidad– los tribunales de inversión CIADI a pesar de que en el Instrumento Interpretativo Conjunto del Acuerdo CETA se recogiera una afirmación que demuestra la reticencia de la UE con ese sistema de solución de controversias:

“El AECG se aleja firmemente del planteamiento tradicional de la solución de diferencias en materia de inversión y crea tribunales sobre inversiones independientes, permanentes e imparciales, inspirados en los principios de los sistemas judiciales públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros y Canadá, así como en los tribunales internacionales como la Corte Internacional de Justicia y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Por consiguiente, los miembros de dichos tribunales serán personas cualificadas para ejercer funciones jurisdiccionales en sus respectivos países y serán designadas por la Unión Europea y Canadá por un periodo fijo⁵²³”

Respecto al acceso de las PYMES al sistema previsto en el Acuerdo CETA, el abogado general comienza recordando que es un sistema adicional que no limita acudir a los órganos judiciales nacionales. En nuestra opinión, de nuevo se equivoca el abogado general, porque lo que pretendía Bélgica con esta pregunta es que se le respondiera si el acceso al sistema previsto en CETA lo era igualdad de oportunidades.

Luego el abogado general considera que la excepción prevista en el apartado 5 del art. 8.39 respecto a limitar la imposición de costas puede resultar de utilidad a las pequeñas y medianas empresas:

“Por consiguiente, el Tribunal dispone de cierta flexibilidad para atenuar una aplicación mecánica, que podría resultar demasiado estricta en ciertos supuestos particulares, del principio según el cual la parte perdedora deberá soportar las costas.⁵²⁴”

Obviamente lo primero que habrá que acudir para aplicar esta excepción es a elementos objetivos y no subjetivos: el principio de vencimiento objetivo, las serias dudas de hecho y de derecho que genere el conflicto etc. Pero es cierto que una crítica del ámbito CIADI son los elevadísimos costes de la defensa legal lo que supone que sean muy pocas las empresas medianas y pequeñas que puedan afrontar un procedimiento de estas características. Lo cual se ha mejorado, también en CETA, gracias a la admisión del *third party funding* que puede suponer un empuje definitivo a las demandas por parte de medianas empresas que no puedan hacer frente a los elevados costes de un procedimiento. En cualquier caso, la imposición de costas a quien pierda la demanda es habitual en los sistemas jurídicos ordinarios aunque enfrenten a PYMES con pantagruélicas multinacionales. Se echa en falta un procedimiento abreviado del estilo del instaurado primero por la CCI y al que le han seguido las grandes instituciones de arbitraje internacional que permitiera e hiciera de fulcro al acceso de las medianas empresas a este tipo de solución de controversias, para facilitar así el acceso de estas al mercado de los socios de la UE. Si bien el Acuerdo CETA permite al menos dilucidar estas controversias ante un único árbitro ex art. 8.27, lo cual reducirá significativamente los costes del procedimiento. En cualquier caso, sorprenden las alegaciones de Bélgica cuando todavía el Acuerdo CETA se encuentra en barbecho respecto a la asignación de costes y el propio art. 8.39, apartado 6, recoge la necesidad de que el Comité Mixto desarrolle la normativa complementaria destinada a reducir costes para las pequeñas y medianas empresas:

“6. El Comité Mixto del CETA estudiará normas adicionales destinadas a reducir la carga financiera que pesa sobre los demandantes que sean personas físicas o pequeñas y medianas empresas. Tales normas

⁵²³ Apartado 6 del Instrumento Interpretativo Conjunto del Acuerdo CETA.

⁵²⁴ Ap. 255

suplementarias podrán tener en cuenta, en particular, los recursos financieros de dichos demandantes y el importe de la compensación solicitada.”

Con lo que el Acuerdo CETA no se puede reputar incompatible con el Derecho a un Juez exigido por el art. 47 de la Carta de Derechos Fundamentales UE.

Por último, sobre la imparcialidad e independencia, parece acertado que el nombramiento de los árbitros se deje en manos del Comité Mixto. Tampoco influye que parte de la remuneración dependa del número de casos; máxime cuando se prevé evolucionar a un sistema fijo. Ni tampoco resulta contradictorio o incompatible con el Derecho comunitario la forma de constituir el tribunal arbitral explicitada en el art. 8.27:

En el momento de la entrada en vigor del presente Acuerdo, el Comité Mixto del CETA nombrará a quince miembros del tribunal. Cinco de los miembros del tribunal serán nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea, cinco serán nacionales de Canadá (1) y cinco serán nacionales de terceros países.

3. El Comité Mixto del CETA podrá decidir aumentar o reducir el número de los miembros del tribunal por múltiplos de tres. Los nombramientos adicionales se realizarán en las mismas condiciones que se establecen en el apartado 2.

4. Los miembros del tribunal deberán tener las cualificaciones necesarias en sus países respectivos para el ejercicio de funciones jurisdiccionales, o bien ser juristas de reconocida competencia. Deberán contar con experiencia demostrada en Derecho internacional público. Es conveniente que tengan conocimientos especializados en particular sobre Derecho internacional en materia de inversiones, Derecho mercantil internacional y solución de diferencias que surjan en el marco de acuerdos internacionales de inversión o de comercio.”

Por todo ello el abogado general concluye que “que las disposiciones recogidas en la sección F del capítulo ocho del CETA no vulneran el derecho a un juez independiente e imparcial, consagrado en el art. 47 de la Carta, en la medida en que garantizan un nivel de protección de dicho derecho adaptado a las características específicas del mecanismo de solución de diferencias entre inversores y Estados previsto en dicha sección”. No obstante, las dudas de los internacionalistas y de la comunidad jurídica, en general, continuaban latentes tras la discrepancia absoluta mantenida por el abogado general en *Achmea* y la resolución final dictada por el TJUE en la que se desarbolaron todos sus argumentos. En esta ocasión, lo que parecía confirmar la compatibilidad del CETA eran las observaciones mostradas por otros Estados miembros (i.e Alemania o Francia) en el que no compartían las dudas que se planteaba Bélgica.

5. Dictamen 1/2017

El 30 de abril de 2019 el TJUE en Pleno confirmó, mediante la emisión del Dictamen 1/2017, la compatibilidad del Acuerdo CETA con el acervo comunitario:

A) Sobre la compatibilidad del mecanismo ISDS previsto con la autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión

Como es habitual, el TJUE comienza recordando que “un acuerdo internacional que prevea la creación de un órgano jurisdiccional encargado de la interpretación de sus disposiciones y cuyas decisiones vinculen a la Unión es, en principio, compatible con el Derecho

de la Unión⁵²⁵”, porque la capacidad de suscribir acuerdos internacionales vinculantes implica someterse a tribunales distintos a los establecidos en el art. 19 TUE.

Para su análisis, tras verificar que el Derecho de la UE tiene su marco constitucional propio donde le compete al TJUE (en exclusiva) la interpretación del Derecho de la UE, parte de que el tribunal CETA no forma parte ni del poder judicial canadiense ni del europeo.

El hecho de que no esté integrado en el poder judicial europeo no implica que infrinja la autonomía del Derecho de la UE puesto que un acuerdo internacional que prevea la creación de un órgano jurisdiccional encargado que se limite a interpretar las disposiciones de ese acuerdo es compatible con el Derecho de la Unión aunque sus decisiones tengan efecto vinculante para la UE. De las palabras del TJUE se infiere la independencia de ese tratado internacional respecto del Derecho de la UE e incluso le confiere un carácter autónomo cuando indica que ese tribunal internacional creado a partir de un acuerdo internacional no está “sujeto a las interpretaciones del citado acuerdo realizadas por los órganos jurisdiccionales de las Partes⁵²⁶”.

Eso sí, el TJUE circunscribe la compatibilidad del acuerdo a que los tribunales internacionales creados al amparo del CETA no interpreten ni apliquen el Derecho de la UE distinto al que esté implícito en el propio CETA:

“En cambio, dado que dichos tribunales no pertenecen al sistema jurisdiccional de la Unión, no pueden estar facultados para interpretar o aplicar disposiciones del Derecho de la Unión distintas de las del CETA ni para dictar laudos que puedan tener como efecto impedir que las instituciones de la Unión actúen conforme al marco constitucional de esta.”

Y así concluye que la compatibilidad del mecanismo de solución de controversias del Acuerdo CETA con el Derecho de la UE dependerá:

- de que no se atribuya a los tribunales CETA “*ninguna competencia de interpretación o aplicación del Derecho de la Unión distinta de la de interpretar y aplicar las disposiciones de dicho Acuerdo a la luz de las normas y principios del Derecho internacional aplicables entre las Partes*”, y

- de que no se atribuya a los tribunales CETA la competencia de dictar laudos que tengan como efecto impedir que las instituciones de la Unión actúen conforme al marco constitucional de la UE.

Con lo cual resulta imprescindible plantearse si el tribunal CETA tiene competencia para interpretar y aplicar normas del Derecho de la Unión que no sean las disposiciones del CETA.

El TJUE considera que la limitación de demandas a las Secciones “C” y “D” unido a que el propio Acuerdo CETA en su art. 8.31 indica que la legislación aplicable resultará del propio acuerdo y del Derecho internacional aplicable a las partes (el nacional y comunitario servirá como un elemento fáctico más) supone que no se infrinja la autonomía del Derecho comunitario. Y es que el Derecho de la UE, aun formando parte del Derecho internacional, no formará parte del Derecho internacional que deberá aplicar el Tribunal internacional al estar siempre involucrado, bien como sujeto activo, bien pasivo, Canadá y/o sus nacionales

⁵²⁵ Ap.106

⁵²⁶ Ap.117.

que hayan invertido en la UE. Ahí radica, para el TJUE, la diferencia fundamental de este acuerdo con el Sistema Unificado de Resolución de Litigios sobre Patentes, declarado incompatible con el Derecho de la UE en el dictamen 1/09, de 8 de marzo de 2011, del TJUE.

Se disipa también cualquier elemento de incompatibilidad respecto a la ausencia de cuestión prejudicial. El tribunal CETA debe resolver la controversia que se suscite con las propias disposiciones del CETA y los elementos de Derecho Internacional que resulten aplicables. Pero el Derecho de la UE no resultará aplicable al no enfrentar la controversia a dos Estados miembros (léase un inversor de un Estado miembro frente a otro Estado miembro); en consecuencia, el Derecho de la UE, al igual que el derecho nacional de las partes involucradas, servirá como elemento de hecho, no de derecho y no asoman razones para tener que plantear una cuestión prejudicial al TJUE:

“(134) Por lo demás, puesto que el Tribunal y el Tribunal de Apelación del CETA no pertenecen al sistema jurisdiccional de la Unión, y su competencia de interpretación se limita a las disposiciones del CETA conforme a las normas y principios del Derecho internacional aplicables entre las Partes, es coherente que el CETA no prevea ningún procedimiento de intervención previa que faculte u obligue a dicho Tribunal o a dicho Tribunal de Apelación a dirigirse al Tribunal de Justicia con carácter prejudicial.”

Acto seguido el TJUE se enfrenta a la tarea de deslindar el Acuerdo de CETA de la controvertida Achmea. Y lo hace bajo la premisa de que la fundamentación de STJUE Achmea (incompatibilidad del art. 8 del APPRI con los arts. 267 y 344 TFUE) se basaba en el principio de confianza mutua recogido en el art. 2 TUE que solo resulta de aplicación a Estados miembros.

Y el art. 8.21 impide que se vea afectado el reparto de competencias al atribuir a la UE, y no al Tribunal del CETA, la facultad de determinar si la demanda interpuesta por un inversor canadiense debe dirigirse contra un Estado miembro o contra la UE. De este modo se preserva la competencia exclusiva del Tribunal de Justicia para resolver sobre el reparto de competencias entre la Unión y sus Estados miembros. Lo anterior es reflejo de la aplicación del Reglamento 912/2014 antes examinado.

Sin embargo, donde más dudas asoman es respecto de la ejecución y sorprende el silencio del TJUE. El Acuerdo CETA no prevé la posibilidad de interponer una acción de anulación, con lo que el Laudo dictado por el tribunal arbitral —en su caso por el tribunal de apelación— es definitivo. Pero la ejecución del Laudo estará guiada por las normas aplicables en el lugar de la ejecución *ex art. 8.41*, apartado 4. Y todas las legislaciones nacionales, además del propio CNY 1958, tienen entre sus causas de anulación la infracción del orden público. Con lo que no es descartable que el control del Laudo por esta vía pudiera suponer que el tribunal de la ejecución elevara una cuestión prejudicial cuando le surgieran dudas sobre la actuación del Tribunal CETA. En particular, por mucho que el Derecho de la UE solo pueda ser aplicado por el tribunal CETA como un *elemento fáctico*, no siempre es fácil discernir lo fáctico de lo jurídico y esas eventuales dudas pueden acabar ante el TJUE en aplicación del art. 267 a), lo cual es difícil conjugar con el principio de reciprocidad y neutralidad que se le presume al Acuerdo CETA precisamente porque la acción exterior de la UE no está sujeta al principio de confianza mutua ni cooperación leal. E incluso con la propia afirmación del TJUE acerca de que los laudos del tribunal CETA son “*resoluciones definitivas y obligatorias*”⁵²⁷.

En cualquier caso, lo anterior tampoco desvirtuaría la conclusión alcanzada por el TJUE respecto de “que CETA no atribuye a los tribunales cuya creación prevé ninguna

⁵²⁷ Ap.197.

competencia de interpretación o de aplicación del Derecho de la Unión que no sea la relativa a las disposiciones de dicho Acuerdo⁵²⁸.

Por último, resuelve sobre la falta de efectividad que podrían tener distintas actuaciones de la UE cuando el tribunal CETA otorgara prioridad al principio de libertad de empresa sobre la protección el interés público que dispensen los Estados miembros o la UE. Aquí algunos gobiernos de los Estados miembros se sumaron a las dudas que le surgían a Bélgica.

Y es que el Tribunal CETA se vería obligado a pronunciarse si una determinada medida constituye un “trato justo y equitativo” (o no) o constituye una expropiación o medida equivalente a una expropiación (o no). Con ello el Tribunal CETA se pronunciaría sobre actos de Derecho derivado de la UE y la resolución del Tribunal CETA sería vinculante para ellos lo que podría vulnerar “la competencia exclusiva del Tribunal de Justicia en la interpretación definitiva del Derecho de la Unión y, de este modo, la autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión⁵²⁹”.

El TJUE concluye que el Acuerdo CETA no infringe el principio de autonomía del Derecho de la UE sobre la base de las garantías previstas en el propio Acuerdo CETA que impedirían –a su juicio– que el tribunal CETA se pronunciara sobre la adecuación de las medidas adoptadas por los Estados miembros o la UE para proteger el interés público:

En primer lugar, tras analizar los conceptos de inversor e inversión, recuerda que los inversores canadienses estarían facultados para solicitar una indemnización respecto de “cualquier medida”⁵³⁰. A estos efectos recordemos que medida incluye “una ley, un reglamento, una norma, un procedimiento, una decisión, una acción administrativa, un requisito, prácticas o cualquier otro tipo de medida adoptada por una Parte”. Por lo que en principio un tribunal internacional que tuviera la facultad de cuestionar las medidas de la UE podría ser inconciliable con el principio de autonomía del Derecho de la UE:

“(148) No obstante, y sin perjuicio de los supuestos en que las Partes hayan convenido, en el marco del CETA, aproximar sus legislaciones, la competencia de esos tribunales vulneraría la autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión si estuviera concebida de modo que estos pudieran, al apreciar las restricciones a la libertad de empresa mencionadas en una demanda, cuestionar el nivel de protección del interés público que haya motivado el establecimiento por la Unión de esas restricciones respecto al conjunto de operadores que invierten en el sector comercial o industrial de que se trate del mercado interior, en vez de limitarse a comprobar si el trato dado a un inversor o a una inversión cubierta adolece de alguno de los vicios mencionados en el capítulo ocho, sección C o D, del CETA.”

El miedo reside en que si el tribunal CETA dictara laudos en los que se declarase incompatible con el CETA el trato recibido por un inversor canadiense como consecuencia de una medida promulgada por la UE para proteger el interés público, cabría la posibilidad de que la UE “renunciara a lograr ese nivel de protección para no verse obligada de modo reiterado por el Tribunal del CETA a abonar indemnizaciones al inversor demandante”⁵³¹. Las dudas de la compatibilidad no obedecen, por tanto, a que el tribunal CETA cuestione normas dictadas por la UE o los Estados miembros –esa es la esencia de lo negociado y la posible compatibilidad quedaría superada por la acción exterior de la UE *ex arts. 3 y 21 TUE y 207 TFUE*–. Las dudas residen en que se condicione la política de interés público de la UE por el miedo a que el tribunal CETA imponga sanciones pecuniarias por la adopción de medidas de interés público. El TJUE, en consecuencia, analiza si ese interés público

⁵²⁸ Ap.136.

⁵²⁹ Ap. 138.

⁵³⁰ Ap. 142

⁵³¹ Ap.149

de la UE queda al margen del tribunal CETA porque, según el TJUE, si las resoluciones dictadas por el tribunal CETA afectaran a la política de la UE, se comprometería el principio de autonomía del Derecho de la UE y la competencia exclusiva de las instituciones de la UE para actuar en el propio marco constitucional europeo creado:

“(151) A este respecto, debe señalarse que el legislador de la Unión adopta la normativa de esta al término de un procedimiento democrático definido en los Tratados UE y FUE y se considera que esta normativa, en virtud de los principios de atribución de competencias, subsidiariedad y proporcionalidad establecidos en el art. 5 TUE, es tanto apropiada como necesaria para lograr un objetivo legítimo de la Unión. Conforme al art. 19 TUE, corresponde al juez de la Unión garantizar, en particular, el control de la conformidad del nivel de protección de los intereses públicos fijado por tal normativa con los Tratados UE y FUE, la Carta y los principios generales del Derecho de la Unión.”

A estos efectos el Acuerdo CETA tiene numerosos resortes para evitar que el tribunal CETA se inmiscuya en el interés público de la UE:

i) Art. 28.3 dispone que ninguna de las disposiciones del Acuerdo CETA se interpretará de tal manera que impida a las partes adoptar medidas:

a) Para proteger la seguridad pública y la moral pública o para mantener el orden público (1); b) para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales (2); o c) para lograr la observancia de las leyes y los reglamentos que no sean incompatibles con lo dispuesto en el presente Acuerdo, incluso los relativos a: i) la prevención de prácticas que induzcan a error y prácticas fraudulentas o los medios para hacer frente a los efectos del incumplimiento de los contratos; ii) la protección de la intimidad de los particulares en relación con el tratamiento y la difusión de datos personales, así como la protección del carácter confidencial de los registros y de las cuentas individuales; o iii) la seguridad.

ii) El “Derecho a regular” establecido en el art. 8.9 también es un exponente de lo anterior. Especialmente su apartado 2 que impide considerar un incumplimiento CETA las modificaciones legislativas aun cuando afecten negativamente a una inversión:

1. A efectos del presente capítulo, las Partes reafirman su derecho a regular en sus territorios para alcanzar objetivos políticos legítimos, como la protección de la salud pública, la seguridad, el medio ambiente, la moral pública, la protección social o de los consumidores, o la promoción y la protección de la diversidad cultural.

2. Para mayor seguridad, el mero hecho de que una Parte regule, incluso mediante una modificación de su legislación, de tal forma que afecte negativamente a las inversiones o no satisfaga las expectativas de un inversor, incluidas sus expectativas de beneficios, no constituye un incumplimiento de ninguna de las obligaciones establecidas en la presente sección.”

Lo cual además ya fue puesto de manifiesto en el instrumento interpretativo conjunto del CETA antes analizado. Estos dos artículos deben concebirse de forma restrictiva para evitar que el “interés público”—como desgraciadamente ocurre con el “orden público”—se convierta en el cajón de sastre al que se agarre la UE para evitar que sus medidas sean enjuiciadas. Y no se aceptarán medidas que en realidad encubran una restricción al libre comercio.

Además, incluso aunque la UE adopte una medida legítima para proteger el interés público, también podrá discutirse ante el tribunal CETA si esa medida es irracional o se ha adoptado de forma discriminatoria y sólo afecta a los inversores canadienses —y viceversa—. Por lo que consideramos matizables las siguientes palabras del TJUE:

“(159) A este respecto, las Partes se han centrado en especial en las situaciones de trato abusivo, trato arbitrario manifiesto y discriminación específica, lo que muestra, una vez más, que el nivel exigido de protección de un interés público, tal como se concreta tras un procedimiento democrático, no está comprendido en la competencia de que disponen los tribunales previstos para comprobar si un trato dado por una Parte a un inversor o a una inversión cubierta es «justo y equitativo».”

Y es que el Acuerdo CETA comprende que el tribunal analice si las medidas adoptadas por la UE o los Estados miembros ofrecen un trato justo y equitativo, son expropiatorias –incluida la *creepeing expropriation*, discriminatorias o suponen una restricción encubierta del comercio de servicios. Con lo que habrá que realizar un análisis de razonabilidad de la medida, por lo que no es del todo correcto –en aplicación del Acuerdo CETA ex art. 28.3 y 28.4– que los tribunales CETA no puedan analizar si una medida –por mucho que supuestamente persiga proteger el interés público– es susceptible de generar indemnizaciones a favor de los inversores. Asimismo, el tribunal CETA no estará sujeto a la conclusión del dictamen del TJUE, por lo que aunque el TJUE afirme que

“... las Partes se han ocupado de excluir que esos tribunales tengan competencia para cuestionar las opciones elegidas democráticamente por una Parte en materia, en particular, de nivel de protección del orden público, de la seguridad pública, de la moral pública, de la salud y la vida de las personas y de los animales, de la seguridad alimentaria, de los vegetales, del medio ambiente, del bienestar en el trabajo, de la seguridad de los productos, de los consumidores o incluso de los derechos fundamentales”.

La realidad es que esa exclusión es parcial y por el cauce del art. 28.3 del Acuerdo CETA serán susceptibles de analizar esas medidas y de generar indemnizaciones a favor de los inversores si se demuestra que son discriminatorias o encierran una restricción encubierta del comercio de servicios.

En cualquier caso, sentado lo anterior, el TJUE concluye:

“... (161) Habida cuenta de los elementos expuestos, procede concluir que el capítulo ocho, sección F, del CETA no vulnera la autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión.”

Conviene destacar que las únicas dudas que se plantea el TJUE sobre la compatibilidad del Acuerdo CETA con el principio de autonomía del Derecho de la UE son respecto de las medidas adoptadas por la UE o los Estados miembros dirigidas a la protección del interés público. El resto de medidas que adopten, pues, queda fuera de toda duda que son susceptibles de generar indemnizaciones a favor de los inversores extranjeros en los propios términos del Acuerdo CETA.

B) Sobre la compatibilidad del mecanismo ISDS previsto con el principio general de igualdad de trato y con la exigencia de efectividad

El problema de compatibilidad es menor porque existía abundante jurisprudencia que dispone que la igualdad debe predicarse respecto a situaciones idénticas. En este sentido, en las propias observaciones efectuadas por los Estados miembros se recuerda que no es comparable, como plantea Bélgica, la situación de inversores canadienses en Estados miembros con la de inversores de Estados miembros en Estados miembros y considera –de la misma forma que hemos concluido– que “las únicas situaciones comparables son la de

las empresas y personas físicas canadienses que invierten en la Unión y la de las empresas y personas físicas de los Estados miembros que invierten en Canadá”⁵³².

A pesar de lo anterior, lo primero que se plantea el TJUE es el análisis de compatibilidad de un acuerdo internacional debe hacerse también a partir de los arts. 20 y 21 del Carta Europea de Derechos Fundamentales porque el art. 218.11 TFUE dispone

“Un Estado miembro, el Parlamento Europeo, el Consejo o la Comisión podrán solicitar el dictamen del Tribunal de Justicia sobre la compatibilidad con los Tratados de cualquier acuerdo previsto. En caso de dictamen negativo del Tribunal de Justicia, el acuerdo previsto no podrá entrar en vigor, salvo modificación de éste o revisión de los Tratados.”

Y el concepto “Tratados” abarca también a los principios constitucionales que se derivan de los mismos, entre los que se encuentran los principios contenidos en la Carta Europea de Derecho Fundamentales.

A estos efectos, recordemos el Dictamen TJUE 1/15, de 26 de julio de 2017, apartado 70 (Acuerdo entre Canadá y la Unión Europea sobre el tratamiento y la transferencia de datos del registro de nombres de los pasajeros) que recuerda que el valor jurídico de la Carta es equivalente al de los “Tratados” del 218.11 TFUE:

“De este modo, debe poder examinarse en el marco del procedimiento previsto en el art. 218 TFUE, apartado 11, cualquier cuestión que pueda suscitar dudas sobre la validez material o formal del Acuerdo a la luz de los Tratados. A ese respecto, el juicio sobre la compatibilidad de un Acuerdo con los Tratados puede depender no sólo de disposiciones que se refieran a la competencia, al procedimiento o a la organización institucional de la Unión, sino también de disposiciones de Derecho material [véase en este sentido, en relación con el art. 300 CE, apartado 6, el dictamen 1/08 (Acuerdos modificativos de las listas de compromisos específicos en el ámbito del AGCS), de 30 de noviembre de 2009, EU:C:2009:739, apartado 108 y jurisprudencia citada]. Este es el caso de una cuestión relativa a la compatibilidad de un Acuerdo internacional con el art. 6 TUE, apartado 1, párrafo primero, y, por consiguiente, con las garantías consagradas por la Carta, puesto que ésta tiene el mismo valor jurídico que los Tratados.”

A pesar de lo anterior, una cosa es que el Acuerdo CETA debe pasar el análisis de compatibilidad desde el tamiz de la Carta y otra que las disposiciones de la Carta resulten de aplicación a terceros países. Así, el TJUE distingue entre:

i) El art. 21 de la Carta, respecto a la discriminación por razón de nacionalidad, que se correspondería con el art. 18 TFUE que no resulta de aplicación respecto a terceros países con lo que el análisis de compatibilidad del Acuerdo CETA queda al margen del art. 21 de la Carta:

“(168) Por lo que se refiere al art. 21, apartado 2, de la Carta, conforme al cual «se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación de los Tratados y sin perjuicio de sus disposiciones particulares», este se corresponde, según las explicaciones relativas a la Carta (DO 2007, C 303, p. 17), con el art. 18 TFUE, párrafo primero, y debe aplicarse con arreglo a dicha disposición del Tratado FUE.

Pues bien, como ya ha precisado el Tribunal de Justicia, el art. 18 TFUE, párrafo primero, no se aplica a los supuestos de una eventual diferencia de trato entre nacionales de los Estados miembros y nacionales de Estados terceros (Sentencia de 4 de junio de 2009, Vatsouras y Koupatantze, C-22/08 y C-23/08, EU:C:2009:344, apartado 52).”

⁵³², ap.80.

ii) Art. 20 de la Carta, respecto a la igualdad de trato ante la ley, al que sí se tendría que enfrentar el Acuerdo CETA. Confrontado el Acuerdo CETA con este artículo, no existe ninguna incompatibilidad, porque la igualdad debe predicarse, como iniciábamos, respecto a situaciones idénticas; entre las que no están un inversor canadiense y un inversor de un Estado miembro cuando inician una disputa frente a un Estado miembro por una medida adoptada por éste. Ni siquiera respecto a las “*empresas establecidas localmente*” en el sentido del art. 8.1 del Acuerdo CETA porque el establecimiento ya supone una inversión protegida por el Acuerdo CETA:

“(180) No obstante, debe señalarse que, si bien con respecto al objeto y a la finalidad —expuestos con más detalle en los apartados 199 y 200 del presente dictamen— de la inclusión en el CETA de disposiciones en materia de trato no discriminatorio y de protección de las inversiones extranjeras, las empresas y las personas físicas canadienses que invierten en la Unión se encuentran en una situación comparable a la de las empresas y las personas físicas de los Estados miembros que invierten en Canadá, su situación no es comparable, en cambio, con la de las empresas y las personas físicas de los Estados miembros que invierten en la Unión.”

A lo anterior debemos añadir que para llevar a cabo la política exterior *ex art. 207 TFUE* es imprescindible fomentar este tipo de acuerdos —aunque pudieran conllevar un distinto trato, *quod non*, entre los inversores de un país y los de los Estados miembros—. Con lo que la posible diferencia de trato —que no existe al no ser situaciones iguales y comparables las de los inversores de un lado y de otro— se justificaría por el objetivo último de esta política de la UE instituida en el art. 3.5 TUE de contribuir “a la protección de sus ciudadanos [inversores],” “desarrollo sostenible del planeta, la solidaridad y el respeto mutuo entre los pueblos, el comercio libre y justo” o el art. 21 TUE “La Unión procurará desarrollar relaciones y crear asociaciones con los terceros países...”.

Respecto a la más (aparentemente) controvertida cuestión relativa a que el Tribunal CETA conceda una indemnización para paliar una sanción de las autoridades de competencia —lo que no puede ocurrir en el caso de los Estados miembros—, los gobiernos que presentaron observaciones coinciden en que es un problema “*falso*” que no se dará en la práctica.

En nuestra opinión consideramos que tampoco los motivos en los que se puede fundamentar una demanda conforme a las Secciones “C” y “D” permitirían fundar una demanda en una sanción de competencia. O dicho de otra forma, será muy difícil en la práctica justificar que una sanción de competencia infringe el CETA —solo podría darse en casos absolutamente arbitrarios en los que ante una misma situación se han aplicado soluciones diferentes basadas en la nacionalidad del inversor—.

El TJUE coincide en que es un problema difícil de darse en la práctica pero añade que cuando se dé una disputa se esa naturaleza será por una errónea actuación de la autoridad de competencia sancionadora. Y, en esos casos, el inversor del Estado miembro también cuenta con sus propios mecanismos para recurrir una sanción que haya incurrido en defectos como los que pueden predicarse del art. 8.10, apartado 2, Acuerdo CETA, relativa al trato justo y equitativo.

“(186) Pues bien, si la Comisión o una autoridad de la competencia de un Estado miembro impusiera una multa que adoleciera de un vicio de los mencionados o con un efecto expropiatorio a un inversor de la Unión, este dispondría de las vías de recurso necesarias para lograr la anulación de dicha multa. De esto se deriva que, si bien no cabe excluir que, en circunstancias excepcionales, un laudo del Tribunal del CETA como el descrito en la solicitud de dictamen pueda tener como consecuencia que se neutralicen los efectos de una multa impuesta por la infracción del art. 101 TFUE o del art. 102 TFUE, dicho laudo no tendrá por efecto crear una desigualdad de trato en perjuicio de un inversor de la Unión al que se le haya impuesto una multa que adolezca de un vicio similar.”

En consecuencia, declara que no se infringe el principio de efectividad de la UE por la posibilidad de que un Laudo conceda una indemnización sobre la base de que la sanción impuesta por una autoridad de competencia infringe el Acuerdo CETA.

C) Sobre la compatibilidad del mecanismo ISDS previsto con el derecho a un juez independiente

El Reino de Bélgica había planteado estas dudas tanto por una posible limitación del acceso a la justicia como por la independencia del tribunal CETA. La primera de las cuestiones es la más controvertida y descansa en el elevado coste que puede suponer un arbitraje ante el Tribunal CETA y su incompatibilidad con el art. 47 (párrafo 3) de la Carta:

“Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia.”

Existe discrepancia entre los Estados miembros acerca de la aplicación del art. 47 de la Carta respecto a los acuerdos internacionales que concluya la UE. A juicio del TJUE no hay duda que uno de los filtros de compatibilidad que debe pasar el derecho de acceso a la justicia previsto en el art. 47 de la Carta:

“(190) A este respecto, de dicho art. 47, a cuya observancia está obligada la Unión en virtud de la jurisprudencia citada en los apartados 165 y 167 del presente dictamen, se deriva que, al celebrar un acuerdo internacional que incluya la creación de órganos que tengan características judiciales predominantes y que estén destinados a resolver diferencias, en particular entre inversores privados y Estados, como el Tribunal y el Tribunal de Apelación del CETA, la Unión está sujeta, respecto al modo de acceso a estos órganos y a la independencia de estos, a lo dispuesto en el art. 47, párrafos segundo y tercero, de la Carta.”

Hasta el punto que concluye que la UE no podría celebrar un acuerdo internacional en el que celebrar un acuerdo que establezca tribunales competentes para dictar laudos obligatorios para la UE en los que no se ofrezca la garantía de acceso universal e independencia de los jueces.

Sin embargo, el camino del que parte para concluir la compatibilidad del CETA es, al igual que ocurría con el tomado por el abogado general, de escepticismo hacia el sistema de nombramiento del arbitraje de inversiones. Así, a pesar de reconocer que las normas sobre la presentación de escritos “se inspiran en gran medida en los mecanismos SDIE tradicionales”, acto seguido indica que “no sucede así respecto a las normas relativas a la composición de ese Tribunal y a la tramitación de esos asuntos.” De lo cual se deduce cierta crítica hacia el sistema de nombramiento de árbitros contenido en el ISDS tradicional. Sin embargo, a pesar del revuelo causado en la sociedad civil por el sistema de arbitraje de inversiones tradicional –o, más particularmente, el CIADI– lo cierto es que el nombramiento de los árbitros prevista en el arbitraje de inversiones es similar a la del arbitraje comercial cuya compatibilidad con el Derecho de la UE es indudable.

Tras enumerar una serie de principios que debe garantizar el acuerdo CETA para reputarse compatible con el Derecho de la UE (accesibilidad, imparcialidad, neutralidad o independencia) el TJUE duda de que el sistema previsto en el Acuerdo CETA sea compatible con el art. 47 de la Carta (y, por tanto, con el Derecho de la UE) por los elevados costes que puede suponer el sistema de arbitraje previsto para las personas físicas y las pequeñas y medianas empresas:

“(211) El riesgo financiero que se asume al iniciar un procedimiento ante el Tribunal del CETA puede tener tal amplitud que disuada al inversor que sea una persona física o una pequeña o mediana empresa de iniciar tal procedimiento.

(212) Esta falta de accesibilidad al Tribunal del CETA, ante la que pueden encontrarse numerosos inversores, no queda compensada por la posibilidad, prevista en el art. 8.27, apartado 9, del CETA, de solicitar que la diferencia sea considerada por un único miembro de ese Tribunal. En efecto, esta reducción parcial de la carga financiera solo será posible, conforme a la redacción de dicho artículo, si el demandado la acepta.”

Y añade, además, que sería incoherente con el ámbito de aplicación personal del Acuerdo CETA precisamente porque si teóricamente protege también a los inversores personas físicas necesariamente estos tienen que poder demandar sin tener que hacer frente a unos costes inasumibles:

“(213) De este modo, debido a la falta de un régimen que garantice la accesibilidad, desde un punto de vista económico, de las personas físicas y las pequeñas y medianas empresas al Tribunal y al Tribunal de Apelación del CETA, el mecanismo SDIE podría resultar, en la práctica, accesible exclusivamente a los inversores que dispongan de importantes recursos financieros. Tal situación generaría una incoherencia tanto con el ámbito de aplicación personal del capítulo ocho, sección F, del CETA, que se extiende al conjunto de empresas y personas físicas de cada una de las Partes que inviertan en el territorio de la otra Parte, como con el objetivo de lograr un comercio libre y justo, enunciado en el art. 3 TUE, apartado 5, que el CETA pretende lograr, en particular, mediante la vía de recurso ofrecida a los inversores extranjeros ante tribunales que no pertenecen al sistema jurisdiccional del Estado de acogida.”

Las normas adicionales que debe desarrollar el Comité Mixto *ex art.* 8.39 del Acuerdo CETA no son, a juicio del TJUE, suficientes para garantizar el derecho de acceso a la justicia al que se refiere el art. 47 de la Carta. En cambio, si la parece suficiente la Declaración 36 incluida en la Decisión (UE) 2017/37 del Consejo, de 28 de octubre de 2016, relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea, del Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA) entre Canadá, por una parte, y la Unión Europea y sus Estados miembros, por otra (“Decisión 2017/37”) que, recordemos, disponía *inter alia*:

“Se mejorará y facilitará el acceso a este nuevo órgano jurisdiccional para los usuarios más vulnerables, es decir, las PYME y los particulares. Para ello:

La adopción por el Comité mixto de las normas complementarias, previstas por el art. 8.39.6 del AECG, destinadas a reducir la carga financiera que pesa sobre los solicitantes que sean personas físicas o pequeñas y medianas empresas, será tramitada de forma que dichas normas puedan adoptarse cuanto antes.

con independencia del resultado de los debates en el seno del Comité Mixto, la Comisión propondrá medidas adecuadas de (co)financiación pública para las acciones de las pequeñas y medianas empresas interpuestas ante dicho órgano jurisdiccional así como la concesión de asistencia técnica.”

Por lo que acepta la compatibilidad del Acuerdo CETA con el Derecho de la UE pero bajo una suerte de condición suspensiva que obliga a un desarrollo mayor que permite el acceso económico al tribunal CETA:

“(221) El compromiso antes mencionado de la Unión de garantizar un acceso real a los tribunales previstos al conjunto de los inversores de la Unión contemplados en el CETA condiciona de este modo la aprobación del Acuerdo por la Unión. Debe destacarse, a este respecto, que, conforme a la redacción de la Declaración n.º 36, dicho compromiso forma parte de los «principios» sobre cuya base «la Comisión se compromete a proseguir la revisión, sin demora, del mecanismo de solución de diferencias [...] y con tiempo suficiente para que los Estados miembros puedan tenerla en cuenta en sus procesos de ratificación». Teniendo en cuenta el párrafo anterior de esta misma Declaración, según el cual el Consejo y la Comisión

confirman que el capítulo ocho, sección F, del CETA no entrará en vigor antes de la ratificación de este por todos los Estados miembros, procede hacer constar que la celebración del CETA por el Consejo se prevé sobre la base de la premisa de que se garantizará la accesibilidad económica al Tribunal y al Tribunal de Apelación del CETA de todos los inversores de la Unión a los que se refiere dicho Acuerdo.”

A nuestro juicio existen más disposiciones del Acuerdo CETA que garantizan este acceso:

El apartado 9 del art. 8.27 relativa a que actúe un único árbitro. A juicio del TJUE no es suficiente porque necesitaría la aquiescencia del demandado; sin embargo, las palabras escogidas hacen difícil que el demandado pueda oponerse a que actúe un árbitro único cuando el conflicto atañe a personas físicas o PYMES o la cuantía del asunto sea baja: *“El demandado considerará favorablemente cualquier solicitud del demandante de que el asunto sea considerado por un único miembro del tribunal, en particular si el demandante es una pequeña o mediana empresa o si la indemnización o los daños y perjuicios reclamados son relativamente bajos”*. Solo en asuntos en los que la materia sea muy novedosa, sensible o excepcional podrá apartarse Canadá, la UE o los Estados miembros de esta declaración (i.e que sea un caso en el que se pretenda la nulidad de una sanción impuesta por una autoridad de competencia).

El apartado 5, del art. 8.39 que permite al tribunal CETA tener un mayor grado de discreción en el reparto de las costas al que tienen, por ejemplo, los órganos judiciales españoles: *“Otras costas razonables, incluidas las de representación y asistencia jurídica, serán soportadas por la parte perdedora en la diferencia, a no ser que el tribunal determine que tal reparto de costas no es razonable dadas las circunstancias de la demanda”*.

O, la más controvertida: la posibilidad expresa de acudir a un tercero financiador del litigio ex art. 8.26.

Respecto a la independencia del tribunal CETA, el TJUE desmonta las dudas de Bélgica sin excesiva dificultad, al considerar:

– Autonomía: *“el CETA dispone, en su art. 8.27, apartados 4 y 5, que los miembros del Tribunal del CETA serán nombrados por mandatos de un período determinado y deberán disponer de conocimientos especializados.”*⁵³³

– Inamovilidad: *“su art. 8.30, apartado 4, limita la posibilidad de destitución de aquellos al supuesto en el que su conducta no sea conforme con las obligaciones establecidas en el apartado 1 de dicho artículo, en particular con la prohibición de seguir instrucciones de otros o de encontrarse en una situación de conflicto de intereses”*⁵³⁴

– Independencia: El hecho de que los árbitros sean nombrados por el Comité Mixto del CETA y que ese Comité tenga una composición bipartita y adopte sus decisiones por consenso, unido a que el Comité Mixto establecerá un sistema de remuneración que le posibilita convertir el salario que perciben los árbitros en fijo, permite considerar que se produce un respeto de la independencia judicial que no se opone al Derecho de la UE.

– Imparcialidad: está garantizada a través de los artículos 8.27, apartados 6 y 7 y el art. 8.30 al remitirse a las Reglas de la IBA ampliamente reconocidas en Derecho

⁵³³ Ap.223.

⁵³⁴ Ap.225.

internacional y, en particular, en arbitraje internacional que, además, prohíben el conflicto de intereses.

Asimismo, en el art. 8.30, apartado 1, de ese Acuerdo se indica que los miembros del Tribunal “no estarán vinculados a ningún gobierno”; sin perjuicio de que no se considere vinculado a un gobierno a la persona que reciba una remuneración de este gobierno, precisamente “en un primer momento, probablemente los miembros de los tribunales previstos no estarán empleados a tiempo completo y de que dichos tribunales podrán incluir miembros, como profesores de Derecho, que recibirán su remuneración de un Estado sin participar, no obstante, ni directa ni indirectamente, en la definición de la política gubernamental de ese Estado⁵³⁵”. Y, en cualquier caso, los miembros del tribunal CETA no recibirán instrucciones de ningún gobierno relativos a los asuntos que vayan a enjuiciar.

Es obvio que a tenor del art. 59, apartado 1, letra a), de la Convenio de Viena sobre Derecho de los tratados, de 1969, los APPRIs que tuvieran suscritos los Estados miembros con Canadá, a título individual, habrán terminado con la ratificación de este Acuerdo por parte de la UE y los Estados miembros.

Finalmente, no está de más que CETA es el final (o principio) de un camino que comenzó con la admonición del Parlamento Europeo cuando decía en julio de 2015,

“the EP “stressed the need to... replace the ISDS system with a new system for resolving disputes between investors and states which is subject to democratic principles and scrutiny, where potential cases are treated in a transparent manner by publicly appointed, independent professional judges in public hearings” and include an appellate mechanism”.

Entonces comprendemos que las cosas empiezan a cambiar políticamente. La UE, no es solamente el “socio número 29”, sino que, al menos en esta perspectiva es, o pretende asumir, un papel casi estatal⁵³⁶.

No acepta los ISDS tradicionales, de los que tiene cumplido conocimiento desde su instauración. Aspira a sustituir – y con éxito ya demostrado– los Tratados Bilaterales de Inversión de los Estados Miembros. Queda desde luego, todavía, con exactitud, el asunto que nos convoca aquí sobre el mecanismo de protección de inversiones, si bien, la ratificación parlamentaria de los distintos Parlamentos nacionales, acabará logrando esa consolidación. Y la Comisión no se está quieta, sino que activamente, como hizo en la reunión de Davos de 2017, la Comisaria Cecilia Malmström se reúne con su homólogo, canadiense, Mr. François-Philippe Champagne para promocionar este sistema de arbitrajes. Y de las tres propuestas de cambio en UNCITRAL sobre este asunto, una proviene de la Unión Europea. La presión es continua y continua. Y el mismo hecho de haber logrado encajar el acuerdo con Singapur, una de las economías más potentes del mundo, es un significativo impulso y avance en esta dirección sobre todo de cara a los países asiáticos y a la alianza del Pacífico, pese a la retirada al menos momentánea de los Estados Unidos, también se puede impulsar desde esta perspectiva.

Como hemos recordado, el 20 de abril de 2018, el Consejo de la Unión Europea, hizo públicas las “directrices de negociación” a la Comisión para que pusiera en marcha el

⁵³⁵ Ap.240.

⁵³⁶ K. Fach Gómez (coord.) *La política de la Unión Europea en materia de derecho de las inversiones internacionales* Bosch, Barcelona. 2017. Vid. en general, Shaheza Lalani, y R. Polanco Lazo, (editores) *The Role of the State in Investor-State Arbitration (El papel del Estado en el arbitraje inversor-Estado)*, Leiden/Boston, World Trade Institute, University of Bern, Brill Nijhoff. 2014.

Tribunal Multilateral de Inversiones, y ello mediante el otorgamiento a la Comisión de un poder de coordinación que implica en realidad que, logrado el consenso sobre el tema en cuestión de cualquier asunto del arbitraje de inversiones, exista una suerte de “mandato casi obligatorio” para los Estados Miembros que están en UNCITRAL, de seguir *ad pedem litterae* los dictados de la Comisión. Dice así este pasaje de tales directrices:

“It is recorded in the Negotiating Directives that “[i]n accordance with the principles of sincere cooperation and of unity of external representation as laid down in the Treaties, the Union and the Member States of the Union participating in the negotiations shall fully coordinate positions and act accordingly throughout the negotiations” and further confirmed that “[i]n the event of a vote, the Member States which are Members of the United Nations Commission on International Trade Law shall exercise their voting rights in accordance with these directives and previously agreed EU positions.

Lo que citamos a modo de epitafio; mucho queda por construir pero ya se han diseñado las principales pautas para continuar esta senda.

PARTE III
LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA ARBITRAL

CAPÍTULO V

EL ARBITRAJE IMPARTIDO POR LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

I. La actividad administrativa arbitral

Hasta ahora nos hemos remitido al principio de exclusividad *ad extra* del Estado en relación con la posibilidad de ejercicio de la actividad jurisdiccional por los particulares. Pero la intervención del Estado tiene también una vertiente *ad intra*, la denominada “actividad administrativa arbitral” que es la que realiza la Administración pública dentro del Estado cuando resuelve controversias entre administrados tanto en materia de Derecho privado como de Derecho administrativo⁵³⁷. Esta actividad se lleva desempeñando desde hace años, sin perjuicio de la notoriedad alcanzada en los últimos años, principalmente debido al arbitraje de consumo. Pero, como analizaremos en los diferentes sectores en los que es habitual encomendar su resolución a la Administración Pública, son numerosos los campos (transportes, propiedad intelectual, telecomunicaciones, deporte etc.) donde funge como árbitro una Administración Pública. Sin embargo, a pesar de ser una actividad administrativa arbitral, constituyen verdaderos arbitrajes porque se cumplen dos de sus notas más básicas: la autonomía de la voluntad de las partes (recuérdese la nulidad de los preceptos que instituían arbitrajes obligatorios) y los efectos de cosa juzgada que producen los laudos.

El principal impedimento para reconocerlos como arbitrajes residía en el monopolio jurisdiccional para la resolución de conflictos (reserva de jurisdicción del art. 117.3º CE); pero ya hemos visto como esos óbices no impiden que la actividad administrativa arbitral se erija en un verdadero arbitraje. Amén del interés público que despiertan al fungir como árbitros en terrenos especialmente sensibles donde el legislador tanto propio como europeo ha exigido una intervención eficaz y ha promovido estos arbitrajes como alternativas válidas a la jurisdicción ordinaria. Por tanto, la actividad administrativa arbitral será compatible con nuestra Constitución cuando una Ley habilite y permita que la Administración Pública desempeñe funciones arbitrales. Normalmente, como veremos, la Ley de Arbitraje actuará de manera supletoria en todo lo que no regule la norma habilitadora.

Por tanto, una vez que obra esa norma habilitadora la Administración Pública podrá resolver controversias entre particulares. Deberá respetarse en todo caso los principios de audiencia, igualdad y contradicción y la Administración Pública deberá mantener una posición neutral –como todo árbitro– aunque más difícil será que goce del principio de independencia.

⁵³⁷ Vid. en la doctrina española J.R. Parada Vázquez, “La actividad administrativa arbitral”, *Actualidad y perspectivas del Derecho Público a finales del siglo XX. Homenaje al Profesor Garrido Falla*, vol. II, Madrid, 1992, pp. 1173–1197; A. Huergo Lora, “El arbitraje en el Derecho administrativo”, *Arbitraje y Justicia en el Siglo XXI* (S. Barona Vilar, dir.), Madrid, 2007, pp. 269–286.

II. Arbitraje y sectores regulados: esclarecimiento obligado de su normalización

Dificultades iniciales de explicación del arbitraje como medio de solución de controversias en el seno de las Administraciones Públicas. Explicación.

Remitiéndonos a ideas y conceptos en parte ya elucidados en este trabajo, vamos a estudiar, con cierta concisión ineludible – puesto que el núcleo duro de la Tesis es otro – los elementos fundamentales que justifican que, precisamente en el centro de las nuevas Administraciones surgidas al calor de los procesos de liberalización y privatización del último tercio del siglo pasado, fundamentalmente las así denominadas “Agencias Independientes”, se haya colocado la opción arbitral como un signo distintivo de las mismas⁵³⁸. Algo que tenemos ya en gran medida examinado, por lo que nos remitimos a las páginas en las que desarrollamos los diversos supuestos en los que tal arbitraje cobra forma en sectores regulados.

Ahora bien, además de reconsiderar tales supuestos como demostraciones inapelables de su consolidación, ya que puede comprobarse su existencia en la práctica, es necesario incardinar tales casos de arbitraje en un eje de coordenadas jurídicas. De un lado, se trata de Administraciones Públicas y, de otro, no son los sectores regulados los únicos supuestos en que cabría, teóricamente al menos, que las organizaciones públicas se sometieran al instituto arbitral. Es decir, como vamos a explicar, existe una tendencia a utilizar el arbitraje en el ámbito de los sectores regulados, pero no es en modo alguno algo exclusivo de los mismos, ya que, en otros muchos sectores que no estén sujetos a regulación se puede acudir al arbitraje como instrumento de solución de conflictos dentro de la Administración Pública o en las relaciones que ésta tuviera con los administrados. Al menos en teoría.

Por ello, es imprescindible, para ofrecer un razonamiento lógico que haga de la racionalidad la explicación técnica de esta solución, describir, con la brevedad que requiere el caso, el sistema tradicional de resolver los conflictos de las Administraciones Públicas en sus relaciones con terceros, algo que tiene una fuerte inercia y que constituye el centro de gravedad permanente de la configuración de este aparato organizativo al servicio del Ejecutivo.

Como es conocido, resolver las cuestiones que haya que dirimir entre las Administraciones Públicas y los administrados, remiten con naturalidad hoy día, al orden contencioso administrativo. Y en el mismo, lo que se examina, habitualmente, es un acto administrativo a través de una demanda interpuesta por el particular.

⁵³⁸ J. M. Sala Arquer, “El Estado neutral. Contribución al estudio de las administraciones independientes”. *Revista de Derecho administrativo*, nº, 42, abril. Junio. 1984. M. Salvador Martínez, *Autoridades Administrativas Independientes. Un Análisis Comparado de los Estados Unidos, El Reino Unido, Alemania, Francia y España*. Ariel. Barcelona. 2002. Pp. 401–422. A. Betancor Rodríguez, *Las Administraciones independientes: un reto para el estado social y democrático de derecho*. Tecnos, Madrid, 1994. L. Parejo Alfonso, “La potestad normativa de las llamadas administraciones independientes: apuntes para un estudio del fenómeno”. En VVAA: *Origen y Evolución de las Entidades Instrumentales de las Administraciones Públicas. Administración Instrumental. Libro Homenaje a M.F. Clavero*. Arévalo, Madrid, Civitas. 1994. Pp 635–652. Y en el mismo volumen, Fernández Rodríguez, T. R. “Reflexiones sobre las llamadas autoridades administrativas independientes”. S. Muñoz Machado. “Los principios del Derecho de la regulación: la actividad de las Agencias y su control”, *Revista General de Derecho administrativo*, nº 20, 2009.

El acto administrativo, tradicionalmente definido como una expresión de voluntad, juicio, deseo o conocimiento de una Administración Pública en ejercicio de una potestad distinta de la reglamentaria, remite a una decisión unilateral de tal aparato organizativo⁵³⁹.

Salvo excepciones, no se trata de gestionar judicialmente un desencuentro entre dos partes iguales, dos polos que entran en conflicto en una situación de igualdad en la que esté equilibrado el campo de juego. Al contrario, la decisión final, normalmente una resolución con una cierta motivación, es un acto que desciende de arriba abajo y en la que los particulares afectados ven cómo se construye tal resultado como efecto propio del orden con que la Administración dispone sus intereses. Aún más, ha de colaborar con ella, pues le particular articula todos sus argumentos previamente en la vía administrativa, que así se convierte en un camino anterior a que esa Administración muestre su última manifestación. En la práctica sucede alguna vez que, precisamente los recursos administrativos sean una fórmula de aparentar un acuerdo; esto es, tras un acuerdo entre Administración y administrado, éste recurre la decisión controvertida y la Administración estima el recurso.

Es decir, el conocido esquema habitual de relación entre la Administración y el administrado recorre un iter bien conocido que comienza en la vía administrativa a través del procedimiento administrativo y en la cual no existe una fórmula de llamada a terceros dirimientes, sino que a modo de la vieja devotio ibérica el administrado ha de rendir sus argumentos a la Administración. Ésta conoce así plenamente y de forma previa todos los razonamientos, pruebas, circunstancias, en las que aquél apoya su pretensión. Y sobre ella decide unilateralmente, y además, dos veces al menos, ya que se impone al administrado, con carácter preceptivo, que interponga recurso de alzada (y eventualmente de reposición, si bien, es potestativo). Toda la vieja impronta de la idea de “autoridad”, procedente del Antiguo Régimen, se trasladó de forma precisa al acto administrativo. No es un supuesto de fuerza de ley basada en un acuerdo, al modo del derecho civil, sino directamente es un supuesto de decisión, en teoría siempre basado en una aplicación de la ley, que el poder impone al ciudadano, que de forma muy elocuente es bautizado como “administrado” (aArt. 149.1. 18 CE).

En definitiva, un camino de autoridad, puramente unilateral, recorrido con los argumentos estrictamente jurídicos con los que se construye toda la relación entre esa *Potentior Personae* y el administrado, ciudadano o empresa, que transita por un pasaje limitado legalmente, con espacio mínimo para la negociación y el acuerdo⁵⁴⁰. Algo que cuestiona en medida no desdeñable la garantía que hipotéticamente ofrece el contencioso administrativo. Aún más, tampoco es infrecuente que, inclusive ganando el pleito, el administrado logre una satisfacción completa de su pretensión cuando ésta es de orden ejecutivo, ya que no son escasas las sentencias de los tribunales contenciosos que acaban sin ejecutarse.

Pese a ello, cada vez más, se va cediendo, teóricamente incluso, en que esta sea la única manera de solventar tales controversias, de forma que aunque la inercia, el status quo, apuesta por la continuidad, cómoda, de mantener intacto el juicio contencioso-administrativo como manera prácticamente única de abordar los conflictos con las Administraciones Públicas, luego sucede que cada vez más, desde numerosas instancias, se va poniendo en cuestión que esa sea la única manera de proceder civilizadamente a resolver

⁵³⁹ “El acto unilateral asegura eficazmente la sumisión, pero es incapaz de suscitar el entusiasmo y el deseo de colaboración.” (E. García De Enterría y T.R. Fernández, *Curso de Derecho administrativo*, I, 1993, p. 648).

⁵⁴⁰ F. Delgado Piqueras, *La terminación convencional del procedimiento administrativo*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 1995.

tales diferencias. Máxime cuando no solo resulta complicado obtener plena satisfacción de la Administración, cuando ocurre, que inclusive tras vencer en litigio a aquella, luego las sentencias resultan “de imposible cumplimiento”. Especialmente en urbanismo, parte importante de nuestra economía, existen numerosos pronunciamientos indicando que tales sentencias son de imposible ejecución, concluyendo todo el proceso en un iter inútil, un camino estéril que lleva a ninguna parte, con la consecuente frustración de los administrados⁵⁴¹. Precisamente por eso, como mostraremos, ha sido ahí, en el derecho urbanístico, donde se ha conocido una notable solución de mediación, una solución que no es arbitral, desde luego, pero que apunta a la idea de que esa voluntad única, diamantina, vertical, de la Administración, como expresión de su decisión, comienza a admitir algunas aperturas a soluciones un tanto diferentes, más flexibles.

Ello ha permitido que, ya hace tiempo, y con carácter general, no referido solo a las cuestiones relativas a la regulación y los sectores sobre los que recae, se admitan otras fórmulas para concluir toda cuestión relativa a la terminación de la relación jurídica que se establece entre la Administración y el administrado.

La apertura se produjo ya con el texto de la ley de procedimiento administrativo anterior a la vigente, esto es la Ley 30/1992. Insistimos en que se trata de una Ley general, pensada para permitir, en este punto, abordar, incipientemente al menos, las posibilidades de concluir los procedimientos administrativos mediante fórmulas que se apartan de la unilateralidad tradicional del acto administrativo típico y eventualmente, una vez concluida. Así, disponía el art. 107.2º de la citada norma:

“2. Las leyes podrán sustituir el recurso de alzada, en supuestos o ámbitos sectoriales determinados, y cuando la especificidad de la materia así lo justifique, por otros procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje, ante órganos colegiados o comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas, con respeto a los principios, garantías y plazos que la presente Ley reconoce a los ciudadanos y a los interesados en todo procedimiento administrativo.

En las mismas condiciones, el recurso de reposición podrá ser sustituido por los procedimientos a que se refiere el párrafo anterior, respetando su carácter potestativo para el interesado.

La aplicación de estos procedimientos en el ámbito de la Administración Local no podrá suponer el desconocimiento de las facultades resolutorias reconocidas a los órganos representativos electos establecidos por la Ley.”

Trasunto del actual, art. 112.2 de la Ley 39/2015⁵⁴².

La cuestión pues, consiste en que aparezca una ley, como título habilitante de esta posibilidad. Hay que decir que se tendrá que examinar en todos los sectores del ordenamiento si esta opción existe. Y es conocido que la legislación general, por su parte (ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas, Ley General Presupuestaria) establece

⁵⁴¹ E. García de Enterría Martínez–Carande “Los postulados constitucionales de la ejecución de sentencias contencioso–administrativas”, *Documentación administrativa*, nº 209, Enero–Abril, 1987, págs. 7–16. *Vid.* el Prólogo de J.M. Trayter Jiménez al libro de G. Geis Carreras, *La ejecución de las Sentencias Urbanísticas*, 2ª Edición, Barcelona, Atelier, 2013.

⁵⁴² R. Bustillo Bolado. *Convenios y Contratos Administrativos: Transacción, Arbitraje y Terminación Convencional del Procedimiento*. 3ª Edición. Aranzadi. Cizur Menor. 2013; S. González – Varas Ibáñez. “La irrupción de las negociaciones y el Derecho administrativo: transacciones, convenios y arbitraje”. *Revista de Estudios de la Vida Local y Autonómica*. nº 286–287. 2001. A. Huergo Lora. *La Resolución extrajudicial de conflictos en el Derecho administrativo: la transacción, el arbitraje y la reforma de los recursos administrativos*. Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Bolonia. 2000.; D. Loperena Rota. *La transacción en la nueva ley de la jurisdicción contencioso administrativa*, Oñati, Instituto Vasco de la Administración Pública = Herri Ardulariaritzaren Euskal Erakundea, 2000

requisitos de notable intensidad para permitir el arbitraje. Suele exigirse dictamen del Pleno del Consejo de Estado y Acuerdo del Consejo de Ministros. Lo cual, dificulta notablemente el logro del arbitraje, como muestra el escaso número de dictámenes del Consejo de Estado que se refieren a esta materia. Y los que hay, que referimos en el cuerpo de esta Tesis, resultan vinculados al ámbito internacional. Esto es, responden a otras normas, (tratados, acuerdos internacionales) en las que el Estado no tiene más remedio que admitir esta fórmula.

Algo mejor suerte en su aplicación a la realidad contenciosa, ha tenido la mediación, que podemos considerar, con alguna prevención, situada en la antesala del arbitraje.

No es ni mucho menos una solución generalizada ni aceptada por todos. Pero al menos ha tenido algún éxito, como lo prueba alguna resolución de interés⁵⁴³. Asimismo el propio Consejo General del Poder Judicial ha impulsado, siquiera nominalmente, la figura de la mediación en este ámbito, con resultados más teóricos que prácticos. Lo cual da idea de la resistencia profunda que existe en los operadores jurídicos, desde la propia doctrina hasta la judicatura, frente a la innovación. No digamos, frente al arbitraje, donde ya la intransigencia alcanza, lamentablemente, cotas muy altas, que parten desde luego, de la propia Administración, domadora de los intentos de sacudirse por los administrados de la carga de recurrir dos veces, dicho sea materialmente, una en la vía administrativa previa, con el procedimiento administrativo reforzando las potestades públicas y luego, otra más ante el juez contencioso, siempre mirando atrás, cuando la Administración ha ejecutado el acto administrativo basándose en la autotutela declarativa, primero, y ejecutiva, después, que acompaña siempre al acto administrativo.

Por consiguiente, en materia administrativa, con carácter general, resulta claro que no procede la utilización del arbitraje frente a los instrumentos tradicionales.

En la práctica, pues, ha quedado reservado, en medida muy amplia, como técnica establecida en los supuestos en que la Administración opera en el ámbito internacional.

La Administración como árbitro. Primeros apuntes sobre las “Autoridades Independientes”. Hacia una definición de “regulación” como concepto novedoso y aceptado.

Mayor suerte ha deparado la legislación y la práctica a los supuestos en que es la Administración quien actúa como árbitro. Así, como hemos tenido ocasión de examinar, en el contorno de la legislación de consumo sí se ha generalizado la técnica.

Cara y cruz de la misma moneda, el papel de la Administración como arbitrador de conflictos aparece ligado en nuestra legislación a la transposición de Directivas comunitarias, muy especialmente cuando existe asimetría entre las partes, por cuanto se exige un instrumento ágil y experimentado de solución de conflictos, como es el arbitraje. Y, si examinamos la cuestión desde la perspectiva de su eficacia, resulta indudable que en comparación con otros sectores, el arbitraje de consumo ha tenido bastante éxito y el papel de las Administraciones encargadas de resolver las diferencias es bastante notable. De hecho se impulsa inclusive desde leyes sectoriales, en los que por definición la relación entre una empresa y el cliente responde básicamente al patrón de consumo, como por ejemplo, en el caso de espectáculos públicos.

⁵⁴³ Auto del Tribunal Superior de Justicia, de Galicia. Sala de lo Contencioso, nº 76/2019, de 8 de febrero (rec. 6937/1997). Asunto, “*Edificio Conde de Fenosa*”, y cursos de formación sobre la mediación en el contencioso – administrativo, como por ejemplo, el realizado el 6 de noviembre de 2018 Actividades del Servicio de Formación Continua del CGPJ en el mes de noviembre de 2018.

Y como hemos tenido ocasión de examinar, existen asimismo otros supuestos, escasos, en los que la Administración cumple con un papel de “Pretor Peregrino” e investida de tal consideración actúa solventando las disputas interprivatos, cuando la Ley lo permite, normalmente remitiendo a la voluntad de los particulares.

Ahora bien, hemos de plantear por qué en el ámbito de la regulación, en los sectores regulados, la Administración ha recuperado este papel con una frecuencia e intensidad desconocida en el resto de los distintos ramos de la Administración. Ante todo se impone describir en qué consiste la regulación. Y cómo es que en la misma se han consolidado las denominadas Administraciones Independientes⁵⁴⁴.

En el origen del derecho de la regulación y de la construcción de estas Agencias Independientes que lo configuran – Agencia y regulación son elementos sincrónicos – se encuentra el derecho norteamericano. Cabalmente, el fenómeno de las Agencias Independientes y su derecho, constituye con toda exactitud lo que en el gran país norteamericano se denomina “Derecho administrativo”, una planta exótica en el iuspublicismo anglosajón⁵⁴⁵.

En efecto, en los países anglosajones, el Derecho administrativo se consideraba algo inexistente y que era propio del extraño pensamiento del continente (más precisamente de Francia). Toda la obra de Dicey⁵⁴⁶ –que ha sido quizás el publicista más influyente durante décadas en Reino Unido (más precisamente en Inglaterra ya que en Escocia existen trazos indudables del Derecho Romano y del Canónico que lo hacen separarse algo del sistema propiamente inglés)– consistió en este aspecto en negar con rotundidad la existencia de un Derecho administrativo.

Así, los Jueces en Inglaterra, viva *vox iuris*, respondían a parámetros rigurosamente distintos de los continentales. Y el ensamblaje de la Corona, a través de una relación de confianza (*trust*) con el Gobierno, sin personalidad jurídica interna, hacía que la relación entre el aparato gubernamental y el ciudadano, se distanciara por completo de la figura del administrado.

El ciudadano (*British subject*), tendría una relación de dependencia con la Corona, de la que era súbdito desde luego, pero con todos los derechos que la historia de su tradicional constitucionalismo le había ido ofreciendo y que se regulaba por el *old and good law, the common law*. La fuerza del derecho común, único que se concebía como patrón regulador de la convivencia, era prácticamente total, frente al derecho especial formado por el *statute law* cuya base era más bien parlamentaria y para casos concretos que se formulaban por las leyes del Parlamento de Westminster, de forma que desde el derecho común basado en la historia construida por precedentes judiciales, se edificaba prácticamente al completo el estatuto del ciudadano británico. Ajeno pues, salvo inconvenientes excepciones, al derecho especial formulado por las leyes del Parlamento y, eventualmente, por las *Orders in Council* y por los *statutory instruments* del Gobierno (siendo las primeras una suerte de reglamentos independientes y los segundos reglamentos ejecutivos de una Ley del Parlamento).

⁵⁴⁴ J.E. Soriano, *Desregulación, Privatización y Derecho administrativo*. Studia Albornotiana. Dirigidos por Evelio Verdera y Tuells. Publicaciones del Real Colegio de España. Bolonia. 1993

⁵⁴⁵ Son claves los trabajos del Premio Nobel George Stigler, en especial, *The citizen and The State*. (Edited by Kurt R. Leube y Thomas Gale Moore). –*The essence of Stigler*. Stanford 1986. –*The Regularities of Regulation*, Londres, 1978. *Memoirs of an Unregulated Economist*. Nueva York 1988.

⁵⁴⁶ A. Venn Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (8th Edition with new Introduction) Londres, Macmillan, 1915.

En resumen, el ciudadano británico se sometía habitualmente al common law que a su vez era aplicado por los jueces ordinarios civiles y penales, siendo inexistente el Derecho administrativo, al menos el que conocemos nosotros que es de tipo continental. Y no existirían – ni existen – jueces de lo contencioso – administrativo (a no confundir con los *administrative law judges* que son en derecho norteamericano elementos del procedimiento administrativo que se encargan de fijar los hechos si existe controversias entre ellos, pero no son jueces sino oficiales administrativos que forman parte del poder ejecutivo y no del judicial)⁵⁴⁷.

Así se había establecido durante décadas y su influencia en el derecho norteamericano también fue notable, por lo que en teoría, sería el derecho común el que regiría las relaciones entre el Gobierno y el ciudadano de los Estados Unidos.

Sin embargo, ahí, al otro lado del Atlántico surgieron, inicialmente casi de forma imperceptible, singularidades sobresalientes que acabaron constituyéndose como excepciones al Derecho común heredado y que, con toda evidencia, acabaron por construir un Derecho administrativo de corte norteamericano, con algunas ligeras similitudes al continental tipo francés, permitiendo al menos una comprensión entre ambos sistemas. Y la pieza esencial fue la creación de las discutidas y discutibles “Agencias Independientes”, unas simplemente ejecutivas y otras, las más densas e importantes, con potestades reglamentarias que allí, en Norteamérica, adoptó la peculiar figura de poderes reguladores o regulatorios (cuya naturaleza luego examinamos).

El proceso está bien descrito en la doctrina. Tiene que ver con las dimensiones continentales de aquel gran país, y con la articulación de sus servicios públicos en la construcción de un Estado moderno. Inicialmente, la construcción de los ferrocarriles primero y con ello de una Administración especialmente encargada después de su vigilancia, disciplina, control, de tales empresas y organizaciones, superando las barreras estatales internas de la Federación, lo que supuso resueltamente una modificación de las reglas esenciales de formación de las relaciones entre tal Administración y los “administrados especiales” que tales empresas encarnaban.

En efecto, la construcción de una economía unida dentro del inmenso territorio que al final han constituido los Estados Unidos, parte, sin embargo, de severas luchas entre la Federación y los Estados. Pugnas que se remontaban desde luego, a los anteriores Artículos de la Confederación en que apenas existía entre las antiguas trece colonias británicas (propuestos en 1777 y ratificados en 1781) nada más que unos acuerdo de tipo diplomático y que generaron con naturalidad una soberanía compartida (cada Estado conserva su soberanía, libertad e independencia, así como todo su poder, jurisdicción y derecho no delegados expresamente por esta Confederación....”), en la que apenas el poder militar en caso de guerra y relaciones exteriores, estarían en manos compartidas por un Congreso de la Confederación sin un jefe ejecutivo que fuera Presidente de los Estados Unidos.

Pese a la rectificación que en este orden supuso el paso a la Constitución en 1787 (entrando en vigor en 1789) en lo esencial continuó existiendo el “federalismo dual”, duplicando en gran medida las instituciones tanto en el nivel federal como en el estatal. Algo que no debe extrañar dadas las dimensiones continentales que hoy en día tiene y que en el momento de su ratificación (1788), respondía a la impronta decisivamente soberanista de cada Estado miembro de la futura Unión. Incluso algunos Estados pusieron reparos

⁵⁴⁷ N. Redlich, B. Schwartz *Constitutional law*. New York. Bender, 1983; L. Tribe. *American Constitutional Law* (treatise; 1978, 1979, 1988, and 2000)

para ratificarla, alcanzándose apenas mayoría suficiente, en ocasiones por un par de votos (por ejemplo Rhode Island).

En consecuencia, la construcción económica del territorio de la Unión quedaba al albur de la interpretación de lo que podría ser la “cláusula de comercio” (*Commerce Clause*) establecida en el primero de los artículos de la Constitución: (Article I, Section 8, *Clause 3*) To regulate Commerce with foreign Nations, and among the several States, and with the Indian Tribes).

Ahora bien, lo que fuera esa cláusula de comercio, su contenido, la extensión y límites, era un albur, ya que la Constitución norteamericana, redactada en términos muy genéricos, con pocos artículos, apenas siete (si bien pertrechados de numerosas secciones en bastantes de ellos) y un lenguaje apto para aplicar ahí, con toda vitalidad, los principios clásicos del common law en lo que se refiere a interpretación. Luego se añadieron las primeras diez Enmiendas que constituyen el *Bill of Rights* (recuperando el nombre del documento inglés de 1689 impuesto a Guillermo de Orange y su mujer María, para suceder a su padre, Jacobo II).

Y estalló el problema cuando en 1824, *Gibbons v. Ogden*, 22 U.S. (9 Wheat.) 1 (1824), en Sentencia del Juez Chief Justice John Marshall, declaró que la cláusula de comercio significaba que no cabía entender que la navegación y el transporte entre dos Estados, fuera jurisdicción exclusiva del Estado (Nueva York en este caso) aun cuando el río (en concreto el Hudson) fluya solamente en un Estado y sólo en la desembocadura separa el Estado de Nueva York del de Nueva Jersey. Si una Ley Federal, después, regulaba el comercio, e incluía la navegación y en general los medios para comerciar, la ley estatal quedaba “desplazada” y se aplicaba la Ley Federal. Y que en consecuencia, la licencia federal otorgada (en favor de Gibbons) sería válida pese a que Ogden contaba con una licencia del Estado de Nueva York que le otorgaba un monopolio de navegación entre ambas orillas. Una inteligente fórmula de compromiso ya que en vez de anular la ley estatal por violación del principio jerárquico de fuentes, simplemente dio preferencia a la legislación federal que regía la materia, evitando así irritar a los Estados, que en aquella época se encontraban ya con el problema del conflicto con las leyes federales sobre la cuestión de la esclavitud, como mostraba la *Negroes Seamans Act* de Carolina del Sur, que consideraba a los esclavos mercancías objeto de comercio. Y se impedía que la Federación actuara frente al poder “comercial” de los Estados⁵⁴⁸. De ahí la delicada expresión de compromiso evitando ir más lejos y anulando en virtud de la “cláusula de supremacía” todo lo que se opusiera frontalmente a la legislación federal⁵⁴⁹.

Vemos que cada caso, cada asunto, resuelto por la vía jurisprudencial, era harto complicado, muy complejo y debatido con altos costes indirectos como los que se asocian siempre a los debates arduos. Y además seguir esa línea, supondría tener que mirar a cada supuesto legal, a cada norma de los estados en liza y confrontarla con la federal, lo que podría deparar involuciones según resultaran las mayorías en los jueces (en aquel momento eran solo siete, pero ya constituían un órgano colegiado bastante complicado).

Era una situación que avanzaba muy lentamente en un contexto de una economía ciertamente en dinámica expansiva, en una auténtica propulsión.

⁵⁴⁸ R.S. Starobin, ed. Denmark Vesey, *The Slave Conspiracy of 1822*. Englewood Cliffs, N.J.: Prentice Hall, 1970. C. Wilson. *Freedom at Risk: The Kidnapping of Free Blacks in America, 1780–1865*. Lexington: University Press of Kentucky, 1994.

⁵⁴⁹ H. A. Johnson, “Gibbons v. Ogden”: *John Marshall, Steamboats, and the Commerce Clause*. University Press of Kansas; 2010.

Pero esta situación de conflictuar cada caso, no era apta para un comercio más amplio, lo cual, con el trazado de los ferrocarriles, auténtico nervio federal que atravesaba toda la Unión, exigió ya superar el caso concreto basado en una solución judicial. Porque la solución caso por caso, propia del sistema del common law servía para resolver el tema concreto de un ciudadano, pero no era la fórmula

Apoyándose en las ideas de aquella sentencia temprana, en 1887, se creó la *Interstate Commerce Commission* para solventar los problemas de comercio interestatal a escala nacional, en todo el territorio ya inmenso de la Unión, la a la que se atribuyó poderes regulatorios. Nació así un poder autónomo dentro del Ejecutivo⁵⁵⁰. Porque se pretendía que se separase del tronco común de la Administración Federal (y luego se reproduciría lo mismo en el plano estatal) un organismo independiente, que no recibiera órdenes directas de un poder tan discrecional como el Ejecutivo norteamericano. Y ello con varios fines: el primordial lograr que en sectores y mercados asimétricos, donde la competencia corría riesgo cierto de ser eliminada, tuviera un “paraguas protector” que defendiera también a los consumidores (competencia y consumo coinciden en Estados Unidos y en otros países), pudiera lograrse “nivelar el campo de juego” mediante el ejercicio de poderes reglamentarios que nacían de la propia Agencia, la cual, a su vez, quedaría encargada de la supervisión y eventualmente de la sanción sobre los operadores que perjudicaran la competencia, los mercados y a los consumidores.

De esta manera, sectores enteros de la economía pasaban a depender en su reglamentación, supervisión y disciplina, de tal Agencia. Quedaban así sometidos a una situación “devocionaria” en la cual las distintas empresas estaban pendientes de un poder que, simultáneamente, dictaba las reglas (jurídicas), orientaba el mercado mediante sus resoluciones también, actuando así, simultáneamente en el “macro derecho” (normas, reglas, en definitiva, poder reglamentario autónomo) y el “micro derecho” (expedientes abiertos a una empresa, bien de autorización, bien de sanción). La suma de ese conglomerado de poderes – reglamentario, disciplina con sanción incluida, orientación, normas secundarias con reglas indicativas de conducta (*soft law*), promoción (*advocacy*) de la reglamentación del sector, más la autonomía ligada a la independencia, basada en un poder neutral si bien orientado (a consumidores, a introducir competencia, como misión básica y fundamental de la Agencia), es lo que se ha dado en denominar “regulación”.

La concepción de este poder regulatorio ha ingresado en nuestro Derecho vía Unión Europea, ya que ésta, adoptando criterios que proceden del derecho norteamericano, y teniendo muy en cuenta que la poderosa Comisión Europea es un poder genuinamente ejecutivo y burocrático, no elegido (aunque ahora sí confirmado por el Parlamento Europeo), que ha de adoptar criterios homogéneos para 28 países (con el Brexit, uno menos) y que delega en general en los Estados Miembros determinadas políticas, resuelve de esta manera los impedimentos ordinarios asociados a la legislación primaria (proyecto de Ley parlamentaria con todos los trámites, pluralismo político, etc.).

La regulación aparece así como un elemento que tiende a establecer un ordenamiento ciertamente sectorial, con administrados sujetos a un poder especial, dirigido a ellos, que así quedan sujetos a relaciones de supremacía especial. Es decir, aparecen sectores en los que entra directamente la potestad reglamentaria, entendiéndose que no existe reserva de ley que actúe protegiendo el sector respectivo por lo que caben reglas que remiten, muy genéricamente, a la legislación de turno pero sin una aplicación inmediata sino mediada por el ejercicio de los poderes de la Agencia. Igualmente, la monitorización continua del

⁵⁵⁰ R.S Stone. *The Interstate Commerce Commission and the railroad industry: a history of regulatory policy*, Nueva York, Praeger, 1991.

sector, supervisando de forma fluida y cercana la totalidad de la acción de los sujetos destinatarios de tales reglas, normalmente las empresas gestoras de suministros y servicios, a las que se orienta, se les indica acciones y actuaciones, se establece una suerte de “coloquio” o “diálogo” – con la debida separación para evitar la “captura del regulador” – incluso se les obliga a aceptar con normalidad actuaciones puramente discrecionales, constituyen signos de esa cercanía permanente de la Administración independiente sobre el sector y sus agentes⁵⁵¹.

El papel de la Ley es pues el de otorgar una centralidad inmensa y muy densa a tal centro de gravedad permanente en que se constituye la Agencia reguladora. Actúa así como una sombra permanente del sector y sus actores, de forma que es la que conoce, por ser dominio suyo, las ideas principales de lo que el sector ha de dar de sí.

En este contexto, se mueven normalmente distintos operadores, dando por supuesto que no existe monopolio y que, si en su caso existía, precisamente una de las labores principales de la Agencia será indudablemente quebrarlo, romperlo. Y para ello, y con esa cercanía, introduce o trata de introducir competencia y protección al consumidor.

A partir de tal situación, las empresas del sector han de reconocer esa “devotio”, con la Agencia, dada la existencia de poderes muy amplios que cubren toda la gama de actividades de dicho sector. Y con ello, cada vez que entre diferentes operadores, dentro de ese campo de juego definido por la Agencia, aparezcan problemas, cuestiones o diferencias, de una manera natural, se mira a dicho organismo que, por su especialización y conocimiento intrínseco del sector que regula, goza de los mejores atributos para fungir como árbitro.

Entre esos atributos destacan, el propio interés de los agentes del mercado, que al estar en un diálogo permanente con la Agencia, reconocen que es la organización que mejor conoce el mercado y sus consecuencias, sus fallos, y la evolución de los incentivos, de las reglas, de los elementos que conducen a su consolidación como un mercado regulado y reconocido como tal. Salirse de ese marco, tendría graves inconvenientes para todos. Por de pronto para los propios agentes del mercado, las empresas, que conocen anticipadamente el *modus operandi* de ese organismo, rebajando el nivel de incertidumbre. Todo ello, sumado, lleva a que ese arbitraje, decisión de expertos, pudiera conducir de manera natural a la Agencia como árbitro de la situación; sin perjuicio de que las partes también puedan encomendar el arbitraje a otros expertos que actúen como árbitros.

Naturalmente, las resoluciones que dicte la Agencia cuando no ejerza como árbitro sino como mero órgano administrativo, serán apelables ante los Jueces de lo contencioso-administrativo, quienes también intervendrán cuando las partes decidan que la disputa no se someta ante la Agencia como árbitro o en una eventual acción de anulación. Pero lo que queremos destacar en este capítulo son las amplias posibilidades de que un organismo público actúe como árbitro.

⁵⁵¹ A. Betancor, *Regulación: Mito y Derecho. Desmontado el mito para controlar la intervención de los reguladores económicos* Cuzur Menor, Civitas– Thomson–Reuters, 2010. S. Muñoz Machado. “Los principios del Derecho de la Regulación: La Actividad de las Agencias y su control”, *Revista General de Derecho administrativo*, nº 20. 2009. pp. 1–30

III. Administración en la aplicación de los instrumentos ADR

1. *Excursus sobre la mediación*

Si esta tesis versara sobre otro cualquiera aspecto del arbitraje que no se refiriera precisamente a las Administraciones Públicas, sobraría por completo este epígrafe, puesto que está bien acreditado que Mediación y Arbitraje, comparten desde luego ser mecanismos alternativos de solución de conflictos y poco más. Hemos visto en la jurisprudencia constitucional como el Arbitraje se considera un instituto de naturaleza procesal y como tal reservado al Estado, mientras que la Mediación, como señaló la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Cataluña, implica una naturaleza distinta con la consecuencia de que puede ser regulada por una Comunidad Autónoma. No es poca diferencia, desde luego.

El Arbitraje, y hoy también la Mediación, tienen su propia naturaleza, curso, procedimiento, organización, efectos. En fin, la diferencia es epistemológica y no podrían compartir prácticamente espacio alguno ya que son técnicas distintas y en no pocas ocasiones, distantes. Y, sin embargo, cuando nos referimos a la Administración Pública sometida a arbitraje, el plano de la Mediación salta automáticamente como advirtiéndolo que frente a la negativa, a veces rotunda, de las Administraciones a someterse a arbitraje, aparece la mediación como avanzadilla de aquella, como instrumento rompedor del hielo que circunda en la Administración a toda la aplicación de los instrumentos ADR.

La apertura de la Administración al arbitraje podría ser precedida por el comienzo de la implantación, si fuera posible, de la técnica de la Mediación. Constituye ésta una aproximación más suave, que presenta a la Administración menos aristas, pese a lo cual, como tendremos ocasión de comprobar, las dificultades y resistencias a aceptar esta fórmula de composición mínima –si la comparamos con el arbitraje– da idea de lo complicado que va a ser el logro, si es que se consigue, de admitir el arbitraje en el ámbito de las Administraciones Públicas.

Son esencialmente resistencias mentales, actitudes, conductas, basadas en inercias y en mantenerse en la zona de confort, las que consolidan las intransigencias que suelen adornar a la aproximación a cualquier oferta de solución que no pase por el consabido juicio contencioso administrativo, que es el centro de gravedad permanente de toda conflictividad, dada la enorme ventaja que esta jurisdicción supone *grosso modo* para la Administración.

Si se logra el avance, considerable, de que la mediación comience su andadura con solvencia en la jurisdicción contenciosa, queda abierta la puerta para lograr ya que el arbitraje, asimismo, logre iniciar su despliegue en esta difícil justicia. La mediación sería la vanguardia, la punta de lanza tras la cual puede acabar haciendo su aparición el arbitraje. Y es que pesa, como sabemos, siglo y medio de rechazo sobre la aplicación del instituto arbitral a la Administración Públicas en todas sus facetas. Ya superado, pero inédito en muchos de los supuestos posibles a los que el arbitraje puede extenderse. Si se abre el portillo de la mediación, y se normaliza y logra que sea una realidad, el arbitraje será el siguiente paso que se podrá dar para activar los medios de resolución de conflictos en los que intervienen las Administraciones Públicas que están hoy día calentando en el banquillo a la espera de una oportunidad. Y así coadyuvar a descongestionar la

jurisdicción contencioso–administrativa. Y más aún: dotar de una mayor libertad a quienes contraten con las Administraciones Públicas y a estas mismas para que dispongan de otros medios alternativos de resolución de conflictos.

Una jurisdicción que, sufriendamente, va estableciéndose, primero como jurisdicción retenida y luego delegada, a mediados del siglo XIX, que en la Ley Santamaría de Paredes (1888), parece querer imponer lo más rígido del incipiente contencioso francés ya que exigía para litigar tener un derecho subjetivo pleno y perfecto, nunca un mero interés – algo propio del recurso por exceso de poder francés– y que resolvía con la simple anulación, sin reconocer nunca una situación jurídica concreta, algo que hubiera podido lograrse de importar la técnica de la acción de anulación francesa.

Se sumaban así todas las rigideces, que fueron finalmente superadas en parte en la ley de la jurisdicción de 1956, cuya continuidad en la actual Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso–administrativa (“LJCA”) que apenas suma a aquélla el control sobre las vías de hecho y sobre la inactividad de la Administración, supone una estricta limitación a la introducción de pretensiones que permitan un control efectivo de la actividad administrativa. Actividad administrativa que no se resume solamente en el consabido acto administrativo, ya que existen múltiples actuaciones que no exigen actividad administrativa previa impugnación (piénsese por ejemplo en el conocido supuesto de responsabilidad extracontractual de la Administración, así, por un accidente cualquiera provocado por el mal estado de un bien público como una calle municipal o una carretera) y en el que la cuantía de la indemnización bien podría someterse a arbitraje.

Las pretensiones, que como quería Guasp que fue quien las introdujo como objeto del proceso en el ordenamiento español civil y a partir del mismo, contencioso también, supera así a las meras acciones, ya que quien acciona previamente tiene que elegir un tipo de proceso y es en él, dentro del proceso, cuando se determinan qué pretensiones se ponen en marcha para lograr así generar la disputa litigiosa en que todo pleito consiste. Entre un particular y otro, o entre un particular y la Administración, una determinada situación se puede ventilar poniendo en marcha diferentes tipos de acciones y una vez elegida, es cuando se actúa procesalmente. Y dentro del proceso, las pretensiones de las partes son las que fijan el campo de juego donde se ventilará el resultado del litigio. De ahí que sea tan importante fijar el objeto del proceso y elegir el tipo de proceso que corresponde accionar. Las pretensiones son pues exclusivamente formales, dentro de una disputa ante el juez o ante el árbitro. Tener clara la diferencia entre la acción y la pretensión es esencial para concretar lo que se puede enjuiciar, arbitrar y mediar⁵⁵².

⁵⁵² En una ejemplar carta, el que fuera Primer Ministro de Francia, el socialista Michel Rocard, escribió a las Señoras y Señores Ministros y Secretarios de Estado recordándoles que:

“Socavando la autoridad del Juez, pueden llevar a los ciudadanos a perder la confianza en la Justicia... las decisiones jurisdiccionales con autoridad de cosa juzgada son ejecutivas por ellas mismas. La Administración está obligada a someterse a ellas y a adoptar espontáneamente todas las medidas de ejecución que conlleven estas decisiones. Ninguna Corporación Pública debiera, por negligencia o lentitud, sustraerse a esta obligación... La actitud observada por ciertos Departamentos ministeriales frente a las decisiones adoptadas por las jurisdicciones administrativas de primera instancia en contra del Estado, me lleva, además, a dirigirles las directivas que siguen. La equidad, la seguridad jurídica, la saturación de los Tribunales deben incitar a no recurrir jamás en apelación con ligereza. La decisión de apelar está subordinada al cumplimiento simultáneo de dos condiciones: probabilidad suficiente para el Estado de resultar victorioso en apelación; realidad del ataque causado por la Sentencia a los intereses materiales y morales del Estado.

En aplicación de esta regla se abstendrán de recurrir en apelación cuando, en el estado de la jurisprudencia, ésta no tenga más que probabilidades mínimas de éxito. Les pido pues que se conformen con la decisión del juez de primera instancia cuando la cuestión suscitada haya sido zanjada en otro asunto por el juez de última instancia”.

2. Primeras aplicaciones en el ámbito contencioso-administrativo

Examinemos pues la reciente y novedosa aplicación, tímida todavía, de la mediación al contencioso administrativo.

Como primera aproximación, quizás con alguna sorpresa, hay que decir que el Consejo General del Poder Judicial⁵⁵³, curiosamente, parece querer impulsar la mediación en este ámbito. Así, a partir de 2016 el Consejo ha recomendado que la Mediación llegue al contencioso administrativo. Para ello, el Consejo General del Poder Judicial ha generado una Guía, que vamos a examinar comentando sus aspectos más interesantes a los efectos de este trabajo. Esta guía parte de que la mediación intrajudicial se inserta en el propio proceso lo que llevará a la homologación por el Juez de una decisión consensuada por las partes dentro del proceso, lo que supone activar unas inéditas potestades de supervisión que recuperan así para el órgano judicial un papel garante.

Se parte de que existen instrumentos internacionales que apoyan la mediación en relación con las Administraciones Públicas. Así, la Recomendación R (2001) 9 del Consejo de Europa que sustenta los métodos alternativos de resolución de conflictos entre las autoridades administrativas y las personas privadas. Y, en consecuencia, la legislación adopta aperturas que inteligentemente desarrolladas por alguna resolución judicial, muestran que en efecto cabe aplicar esta institución en la relación de las Administraciones Públicas con los administrados.

Se dice en el Protocolo específico para la Mediación Administrativa, que a través de la mediación se estrechan los lazos entre la Administración y la sociedad civil al solucionar conflictos por medio del diálogo:

“.. (La Administración ha de estar regida) ...con la buena gobernanza y la necesidad en la sociedad actual de que la Administración se convierta en una administración relacional, que promueva la confianza de los ciudadanos, escuchando y reconociendo sus diferencias, sin olvidar los intereses públicos... Se trata de crear a través de la mediación una relación diferente entre la Administración y la sociedad, un modo de abordar los conflictos que surjan en el diseño y aplicación de las políticas públicas a través del diálogo y la búsqueda de soluciones satisfactorias para las partes implicadas.”. “el control jurisdiccional de las Administraciones Públicas que se atribuye en exclusiva al poder judicial conforme a lo

Vid. la referencia con nota introductoria de L. Martín Retortillo y traducción de A. Fanlo Loras, *Revista de Administración Pública*, nº 118. pp. 463 ss. Rocard era de religión protestante (calvinista).

En nuestro contexto, y “a confesión de parte, pleito cerrado”, cabe recordar lo que un Ministro de Justicia, decía hace ya hace más de un cuarto de siglo:

P. ¿Qué hará usted para que la Administración no siga pleiteando contra el criterio jurisprudencial consolidado, uno de los motivos del atasco judicial? R. Dar instrucciones específicas al Servicio Jurídico del Estado, que depende de esta casa. Será la primera instrucción política que daré al Director General, porque eso es verdad, no cuesta dinero y debe hacerse ya.”

Declaraciones realizadas a la Revista Jurídica del Colegio de Abogados “OTROSÍ” (Junio 1993. p. 14.) por el Sr. Belloch Ministro de Justicia e Interior.

Tras la friolera de este tiempo... seguimos igual.

El Magistrado Dal Re en la Sentencia 1/2018 profesor universitario, indica en un foro también académico: “En mi anterior experiencia como director general del Servicio Jurídico del Estado pude constatar y sufrir la enorme resistencia que, por razones muy distintas, tienen todas las administraciones a reconocer con carácter previo las pretensiones de los ciudadanos, sobre todo de los funcionarios.” Quizás ello explique también el fracaso histórico del arbitraje respecto de las Administraciones Públicas. en *Solución de conflictos por medios no jurisdiccionales Debate de expertos Seminarios y Jornadas 26/2006. Fundación Alternativas*.

⁵⁵³ Guía para la práctica de la mediación intrajudicial del CGPJ.

dispuesto en los arts. 106 y 117 CE, no excluye que los conflictos que surjan entre los ciudadanos puedan ser resueltos por vías diferentes de la jurisdiccional, pudiendo complementarse tal vía con el establecimiento de técnicas compositivas intrajudiciales o extraprocesales no específicamente incardinadas en la función de «juzgar y hacer ejecutar lo juzgado» que contribuyan a la protección jurídica de los derechos de los ciudadanos... El principio constitucional de reserva de jurisdicción, que imposibilita la atribución al poder ejecutivo de funciones jurisdiccionales, no impide, sin embargo, que la comunidad instituya fórmulas o técnicas, como la mediación, que contribuya a resolver los conflictos que oponen a los ciudadanos con las Administraciones Públicas.”

Veamos a continuación los aspectos concretos de este documento, pudiendo, en ocasiones, hacer el ejercicio de cerrar los ojos y sustituir la palabra “mediación” por “arbitraje”.

Responde a los siguientes intereses y objetivos:

“Complementar y/o sustituir la posible resolución judicial por la que hayan acordado las partes a través de una base de propuesta canalizada por el mediador. No se trata de una justicia transaccional o de reparto equivalente de intereses, sino de alcanzar un acuerdo consensuado manteniendo un equilibrio entre las garantías de los derechos públicos y privados en juego.”.

O también:

“Evitar los efectos nocivos de una justicia tardía o la meramente cautelar que no satisface plenamente el derecho constitucional de tutela judicial efectiva.”

Esta afirmación, ya contenida en la Exposición de Motivos de la LJCA, demuestra que pese al tiempo transcurrido la justicia contenciosa sigue sin abreviar los tiempos eternos. En cualquier caso, el voluntarismo, más si proviene del CGPJ, es bienvenido. Otra cosa es la afirmación relativa a la “justicia cautelar” que nada tiene que ver con la mediación, cuya celeridad no se ha visto truncada en el orden contencioso, si bien la Exposición de Motivos se refería a ella como símbolo de que cuando en el contencioso cumplen con tiempos aceptables, lo hacen solo en el ámbito de las cautelares, lo que no termina de satisfacer el art. 24 CE al no obtener una resolución de fondo los contendientes.

Añade el documento, como aportaciones a tener en cuenta:

“Reducir la proliferación de recursos innecesarios y ofrecer una fórmula menos costosa y más rápida de resolución de numerosos conflictos [ya examinado].”).

“Presentar nuevas estrategias participativas para hacer frente a procesos judiciales, cuya respuesta en el marco de una Sentencia, no responde a las exigencias derivadas del conflicto o a las expectativas de las partes procesales.”.

Esto nos parece fundamental y conecta con exactitud con lo que antes hemos indicado sobre la distinción entre la pretensión dentro del pleito y la acción procesal que puede utilizar quien estratégicamente decide que iniciará un juicio. Además, entra en la crítica que realizábamos a los recursos en cascada que puede interponer la Administración (también, hay que reconocerlo, los administrados) frente a una resolución aunque ésta sea ajustada a Derecho. Lo que supone un incremento desmesurado de costes para los ciudadanos, un colapso de la justicia y una desconfianza generalizada del administrado. De lo

que resultaría útil el uso de la disposición de la acción procesal por parte de los defensores de la Administración⁵⁵⁴.

Como hemos señalado, la pretensión formalizada dentro ya de un litigio, atiende, como explicó Jaime Guasp, a una formulación concreta y precisa que en la demanda establece lo que efectivamente va a ser el objeto del pleito.⁵⁵⁵ Y ahí, dentro del cauce procesal que orienta y dirige el proceso, es donde se tendrá que examinar la posible satisfacción de esas pretensiones.

Ahora bien, la cuestión litigiosa es solo una parte concreta de las acciones posibles que las partes pudieran llegar a tener entre sí. Y a lo mejor, la satisfacción de la acción o el cobro de la indemnización pretendida, no se logra con la acción interpuesta o se logra teóricamente, sobre el papel judicial de la Sentencia, pero la dilatación del procedimiento o de la ejecución la perjudica. Lugar donde puede penetrar la mediación con resolución.

“Facilitar una composición más amplia de los intereses en litigio habida cuenta de que la mediación resuelve situaciones de pasado y permite crear bases de acuerdo para resolver eventuales conflictos de futuro. En la Mediación, se pueden sugerir soluciones distintas a las contenidas en el objeto litigioso, lo que permite que ésta actúe sobre el conflicto para transformarlo, porque mientras el conflicto es voluble, versátil, inestable y caprichoso, el litigio es inmutable y estático: La conciliación tiene presente el litigio y el conflicto; la mediación sólo el conflicto.”

Volvemos a remitir a lo antes indicado y que aquí recobra su importancia. La distinción entre el objeto preciso del litigio se concreta en formales pretensiones que determinan los límites del cauce por donde ha de transcurrir y por su parte, fuera de la cuestión litigiosa concreta, la situación conflictiva tiene o puede tener otras muchas derivadas, que debidamente encauzadas a través de la mediación pueden alcanzar soluciones que acaben con la disputa.

“Transformar la relación de la Administración y el ciudadano a través de la búsqueda de fórmulas flexibles que permitan que la potestad administrativa se pueda también ejercer aprovechando la comunicación entre las partes para alcanzar una mayor comprensibilidad e introducir aspectos subjetivos que suelen quedar al margen del procedimiento formal.”

Este punto se nos antoja capital y no solo en relación con el tema concreto de la solución medial de controversias. Es que hoy por hoy, toda la relación entre la Administración y el administrado se construye a partir de la autotutela, tanto declarativa, esto es que la Administración por su cuenta diga cuál es el derecho aplicable a cada situación que

⁵⁵⁴ A estos efectos recordemos el Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado, cuyo art. 41. Disposición de la acción procesal.

1. Para que el Abogado del Estado pueda válidamente desistir de acciones o recursos, apartarse de quejas o allanarse a las pretensiones de la parte contraria, precisará autorización expresa de la Abogacía General del Estado—Dirección del Servicio Jurídico del Estado, que podrá otorgarla con carácter singular, para cada caso particular, o con alcance general, para series de asuntos idénticos o de similares características. En ambos casos deberá recabarse previamente el parecer del departamento, organismo o entidad pública correspondiente.

2. Cuando la asistencia jurídica se preste en virtud de convenio, se estará a lo que éste disponga; en su defecto, se aplicará el régimen establecido en el apartado anterior.

3. En los procedimientos judiciales ante jueces o tribunales extranjeros, los actos de disposición de la acción procesal deberán ser autorizados por orden del Ministro de Asuntos Exteriores, previo informe favorable de la Abogacía General del Estado—Dirección del Servicio Jurídico del Estado y previa consulta al departamento, organismo o entidad interesados.

⁵⁵⁵ J. Guasp Delgado, *La Pretensión Procesal*, Cizur Menor, Editorial Aranzadi, 1985.

determina así como acto administrativo que unilateralmente se impone sobre el administrado; como ejecutiva, esto es su manifestación como poder efectivo por el cual sin impetrar el auxilio del juez también impone en la práctica su decisión mediante un acción de voluntad irresistible para el particular.

Así se construye esa manifestación del Poder ejecutivo en la sociedad hasta sus últimos niveles. Como sabemos, por el principio de división del trabajo, es la Administración la que llega capilarmente a la sociedad a través de actos administrativos. En ellos, la relación con el administrado es siempre vertical, lo que se nivela al menos parcialmente en la ulterior fase contenciosa.

Pero en todo caso, la recuperación de un nivel más democrático, que fije una horizontalidad de conformidad con unas reglas de Derecho que permitan expresar de manera más flexible la verdadera situación en que se encuentra el administrado en relación con la imposición de la Administración, es una ganancia enorme para el propio Estado de Derecho. Se supera así una visión de autoridad que aleja al administrado de la Administración, lo que desmiente los teóricos esfuerzos que, desde la propia Unión Europea, se hace en pro de una Administración dialogante, transparente, cercana, basada en los principios de buena Administración que como sabemos tienen hoy ubicación nada menos que en la propia Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en su art. 41.

Finalmente, el Consejo General del Poder Judicial, incluye dentro de las aportaciones que puede realizar la mediación: modernizar y dinamizar la actividad de los Tribunales Contencioso–Administrativos⁵⁵⁶.

⁵⁵⁶ Recomendación Rec(2001) 9 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre los medios alternativos de resolución de litigios entre las autoridades administrativas y los particulares, adoptada el 5 de septiembre de 2001 y el Informe Parlamento Europeo de 2014 denominado *Rebooting the Mediation Directive: Assessing the limited Impact of Its Implementation and Proposing Measures to Increase the Number of Mediations in the EU*, donde llega a plantearse la cuestión de la mediación obligatoria previa al contencioso. En este Informe se lee: “Es muy significativo que en el único país de la UE con más de 200. 000 mediaciones por año, Italia, sólo vimos este aumento (de tal vez unos pocos miles al año) cuando la mediación se convirtió en una condición previa al juicio, en determinados tipos de casos. Esta conexión directa es además, confirmada por lo que ocurrió durante el período de tiempo cuando la mediación dejó de ser obligatoria allí (octubre 2012 – septiembre 2013): el número de mediaciones, tanto obligatorias como voluntarias, cayó de nuevo a un número muy modesto. Sólo se levantaron de nuevo, a decenas de miles al mes, cuando se reintrodujo el requisito obligatorio. Por encima y más allá de la experiencia italiana, la gran cantidad de las respuestas del estudio muestran que los elementos obligatorios en la mediación –algo que en el pasado reciente fue por muchos considerado como un “tabú”– ahora son aceptables para la mayoría de la gente... Por último, y quizás lo más importante, el modelo de mediación obligatoria se ha demostrado generador de resultados positivos, como lo demuestra la alta incidencia de las mediaciones en Italia, donde así se regula por ley... En general, las respuestas del estudio transmiten el mensaje de que la forma más efectiva de poner la mediación en el mapa de los litigantes de la UE pasa por establecer una regulación normativa que vaya más allá de la simple invitación a los litigantes civiles y comerciales para reunirse con un mediador primero.”

Parece deducirse con toda evidencia que si se quiere que la propia Administración Pública acepte el arbitraje, la única forma es la de su establecimiento como requisito previo a acudir al contencioso – administrativo. A partir de ahí, pueden formarse estadísticas que debidamente analizadas, permitan ir estableciendo cuales son los argumentos y eventuales razones de un rechazo a esta técnica. No resulta difícil suponer que inicialmente no se dará esta posibilidad como técnica de solución de conflictos, pero si la voluntad política fuera la de lograrlo, sin duda se conseguiría. Voluntad política que en lo que a nuestro país hace, no se avizora, lo que lleva a que tal voluntad haya que situarla en la propia Unión Europea, algo a su vez, complejo y difícil de conseguir.

Vid. el artículo de C. Esplugues Barona, “Mediación y Arbitraje en Derecho administrativo español”, *Revista Boliviana de Derecho* nº 27, enero 2019, pp. 248–27; A. Masucci, “El procedimiento de mediación como medio alternativo de resolución de litigios en el Derecho administrativo. Esbozo de las experiencias francesa, alemana e inglesa”, *Revista de Administración Pública*, nº 178, 2009; *vid.* “Comisión General de

Aquí se encuentran, a mi juicio, dos ventajas de notable interés si se sigue esta técnica. De un lado, en el corto plazo, el acortamiento de los plazos, que como veremos, es cierto en las escasas situaciones en que se ha dado ya esta aplicación. Y de otro lado, tiene interés, asimismo, lograr la modernización, o ayudar a lograrla, ya que la rigidez del contencioso, es una de las causas de la mortecina situación en que se encuentra.

La mediación está situada pues en el pórtico de las soluciones que la Administración puede admitir en un período más o menos inmediato, si se cuenta con el impulso del legislador.

Como venimos indicando, el Consejo General del Poder Judicial, en teoría ha comenzado a propiciarla.

Pero la situación queda bien lejos de estar consolidada.

Así ha sucedido en el conocido asunto *Edificio Conde de Fenosa* resuelto por la homologación judicial de los acuerdos de mediación (intrajudicial) mediante el Auto de 8 de febrero de 2019 del Tribunal Superior de Justicia de Galicia⁵⁵⁷. Un caso en que se ha logrado resolver la situación de *impasse* en que se encontraba una Sentencia hacía la friolera de dieciocho años y cuya ejecución hubiera supuesto un coste de 59.500.000 euros para las arcas municipales.

“La ejecución de la Sentencia en sus propios términos habría llevado al Ayuntamiento de A Coruña a una insostenible situación económico-financiera con un elevado coste social, habiéndose realizado una valoración de costes estimados derivados de la ejecución a partir de datos aportados por los servicios municipales y que se cifran de forma aproximada en 59.500.000 euros, teniendo en cuenta el coste de proceder a la demolición de lo construido tras la concesión de la licencia ilegal y a la reconstrucción para reponer el Antiguo EDIFICIO000 a la situación anterior al otorgamiento de la licencia anulada; la posible construcción de un edificio de viviendas conforme al Plan General de Ordenación Municipal de A Coruña en que reubicar a las personas desalojadas; el coste del realojo de los vecinos durante la ejecución de las obras de demolición y construcción [87 vecinos]; y el coste de posibles indemnizaciones derivadas de pérdida de vivienda, entre otros.”

Se trataba de ejecutar una Sentencia que declaró ilegal la construcción de ese emblemático edificio de la ciudad de La Coruña. En el actual estado del derecho urbanístico, la ilegalidad de la construcción concluye habitualmente en la orden de demolición de lo edificado. Y ello supone, cuando se trata de urbanizaciones o edificios o instalaciones habitadas, tener que plantear el problema del deshaucio y realojo posterior de los residentes o el pago de las indemnizaciones (art. 108.3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa).

En esta ocasión, con pragmatismo e inteligencia, la Juez ponente, logró, en una apurada votación del Pleno del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (cinco votos particulares y varias ausencias), que se ordenara que, en fase de ejecución de la Sentencia, acudir a un mediador, pues la situación de inejecución ya amenazaba con dañar –inclusive penalmente–, a los incumplidores con el mandato de la ejecutoria.

Codificación Sección Especial para la reforma de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Informe explicativo y propuesta de ley de eficiencia de la jurisdicción contencioso-administrativa. Marzo de 2013 (Orden Ministerial de 11 de julio de 2012 se crea una Sección Especial, en el seno de la Comisión General de Codificación, para la reforma de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa) en el que se apela a la necesidad de introducir este tipo de instrumentos mediales en esta jurisdicción.

⁵⁵⁷ JUR 2019\228516.

Mediaría entre todas las partes implicadas, en este caso, el Ayuntamiento de La Coruña, los recurrentes y los terceros afectados por la ejecución de la Sentencia. El tema, enquistado pues durante más de tres lustros, había encallado y generado a su vez multitud de actitudes previas ya consolidadas. Había pues que superar una situación muy enclavada en las conductas de todos los interesados, lo que determinaba dudas sobre su logro.

Y se logró (fue designado el Sr. D. Pascual Sala, ex Presidente del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional), consiguiendo en apenas unos meses que se zanjara el asunto para todos los implicados.

Pero lo que aquí hay que subrayar son las enormes incidencias y dificultades que presentó el asunto ya que buena parte de la judicatura se oponía a la mediación, que en el fondo ve como una amenaza en el contencioso, inclusive en la fase final de ejecución de Sentencias, lo que contrasta con la naturalidad que la justicia civil contempla esta figura.

Situado pues como antesala del arbitraje, este *excursus* atiende a demostrar las dificultades que aparecen para instaurar el arbitraje dentro del sistema administrativo. Rompedor de situaciones establecidas, no hay duda posible de que falta consolidar estos medios alternativos para lograr que efectivamente el arbitraje respecto de la Administración Pública, sea una realidad. Pero ya avisan de que de establecerse legalmente, esa posibilidad existe.

Por ello reviste interés examinar la posición de la Administración y las claves que la determinan, tanto cuando la misma es sujeto arbitrado como cuando le corresponde el poder arbitral.

IV. Legalidad, administración e interés general

1. Juego combinado de estos postulados en relación con la introducción posible del arbitraje en las Administraciones Públicas

En primer lugar, distinguimos entre el acatamiento normal a los resultados de un arbitraje doméstico y el propiamente internacional; en particular, el de inversiones, sin duda el más llamativo y estudiado por ser común con gran parte de los países agrupados en organizaciones internacionales cuyo fin es precisamente, ordenar tales soluciones extra-judiciales de controversias. Además, cuando tiene como soporte un Tratado previo, cuenta con una fuerza superior ya que su ratificación implica que sea tenga también una validez interna (cuestión aparte es que se cuestione el propio tratado como vemos que está sucediendo en el asunto *Achmea*, que será objeto de estudio posterior).

Se examinarán los dos supuestos, el primero desde la perspectiva estrictamente doméstica y el segundo a partir del ejercicio del *treaty making power* ya que es la cláusula constitucional de celebrar tratados la que ha permitido la incorporación de esta aceptación del arbitraje internacional.

En lo concerniente al eventual sometimiento de las Administraciones Públicas a un arbitraje en la esfera doméstica, parece que se invadiría la esfera de los arts. 103.1 y 106.1º CE, que regulan que los poderes públicos quedarán sujetos a la ley y sus funciones serán controladas por los Tribunales.

No ha resultado fácil avanzar en el encaje del arbitraje de Derecho público dentro de la CE. Una concepción prístina de los arts. 103, 106 y 117 CE fue interpretada, ya lo sabemos, como una imposición del sometimiento de la actividad administrativa al principio de legalidad, con una preceptiva fiscalización ulterior por los tribunales de lo contencioso para dirimir los conflictos, situación que se predicaba parecida en algunos países de nuestro entorno más cercano⁵⁵⁸ y que debilitaba la posición del arbitraje administrativo pues en este último, cuando la administración actúa como árbitro, se otorga al poder ejecutivo una facultad jurisdiccional, lo que supondría una infracción de la reserva de jurisdicción art. 117 CE. Una crítica frontal que aleja el arbitraje de la Administración, sea cual sea la posición que ésta ocupa.

Así, se ha discutido por cierto sector doctrinal la validez constitucional de la aplicación del arbitraje⁵⁵⁹ en general, dada la posible vulneración del art. 117.3 CE, que atribuye la competencia de juzgar y ejecutar lo juzgado a los tribunales judiciales, defendiendo que será constitucional el meritado arbitraje siempre que se permita una revisión por parte de

⁵⁵⁸ A. Huergo Lora, *La resolución extrajudicial de conflictos en el Derecho administrativo*, Zaragoza, Cometa, S.A., 2000, pp. 175–197, en la que se analiza la superación constitucional del arbitraje administrativo en Alemania, Francia, Italia y España, concluyendo en la similitud que presentaba la aceptación del arbitraje administrativo en Italia con España y de Francia con Alemania. Últimamente, en sentido favorable y con interesantes analogías a otras instituciones del Derecho administrativo – como los contratos – en que se acomodan instituciones civiles al ámbito del Derecho administrativo, *vid.* C.I. Ballesteros Panizo, *El Arbitraje de Derecho público*. Editorial Thomson Reuters. Aranzadi. Cizur Menor. 2017. *Vid.* el clásico trabajo de S. Martín–Retortillo Baquer, *El Derecho civil en la génesis del Derecho administrativo y de sus instituciones*, Madrid, Civitas, 1996.

⁵⁵⁹ A. Huergo Lora, *La resolución...*, *op. cit.*, pp. 266 y 267. En realidad, acabamos de ver en la evolución de la jurisprudencia constitucional que esta última es con toda claridad, la solución constitucional aceptada.

estos tribunales tanto de la forma, como del fondo del asunto, lo que desnaturalizaría la esencia del arbitraje tradicional (si bien, ya hemos tenido ocasión de comprobar en la jurisprudencia constitucional que hay sectores, como el arbitraje laboral, que sí suponen esa posibilidad, amén de ser también obligatorios, algo contrario a la tradición esencial del arbitraje comercial)⁵⁶⁰; razón por la que no pueden considerarse arbitrajes en sentido estricto.

También se ha utilizado el art. 106.1º CE⁵⁶¹ por cierto sector doctrinal para negar, esta vez en concreto, el arbitraje administrativo y la actividad administrativa arbitral, arrogándose un sector de la doctrina una interpretación literal estática según la cual la actividad de la administración debe ser fiscalizada siempre por la jurisdicción contencioso-administrativa. Posturas maximalistas que se respaldan en la postura del TC (no refiriéndose a arbitraje) y el TS sobre “control máximo de la actividad administrativa”. A estos efectos baste atender a la Sentencia del Tribunal Constitucional, nº 34/1995, de 6 febrero⁵⁶²:

“Siendo los anteriores preceptos los presupuestos de la declaración contenida en el art. 106.1 CE, es claro que, del conjunto que se acabe de describir, se desprende un diseño constitucional de control máximo de la actividad administrativa, en la que, salvo exclusión legal expresa y fundada en motivos suficientes –que en todo caso corresponde valorar a este Tribunal– no se produzcan exenciones en la regla general de sujeción de aquélla al control y fiscalización de los Tribunales de Justicia.”

Para que la Administración quede sometida a un arbitraje, la única posibilidad es que así se prevea mediante una norma con rango de Ley, sin perjuicio de que una vez cubierta esta reserva de Ley, pueda admitirse la remisión normativa regulando mediante reglamentos los aspectos de detalle o procedimentales previstos con carácter genérico en la norma legal.

La Administración está terminantemente vinculada por el principio de legalidad que es su *Deus ex machina* y que traspasa por completo su actuación. No hace falta extenderse mucho ya que la tesis está totalmente acreditada desde la imponente obra de García de Enterría.⁵⁶³ Y como tal, desde luego, las Administraciones Públicas tendrán que atenerse a lo dispuesto, precisa y resueltamente, en la Ley.

Es al Legislador a quien corresponde determinar si la Administración puede someterse a arbitraje, en qué condiciones y respecto a qué materias. Todo ello, partiendo de que el arbitraje ha sido reconocido por la jurisprudencia, aun sin existir constancia en el texto

⁵⁶⁰ L. Parejo Alfonso, “Algunas reflexiones sobre el ‘arbitraje administrativo’, a propósito de la adecuación al nuevo procedimiento administrativo común del ordenamiento de la Comunidad de Madrid” *Asamblea. Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, Junio 1999, p 11 a 27, quien resuelve el tema de manera resueltamente favorable al arbitraje, tanto internacional como interno, bien que sujeto a especificidades, tales como una habilitación específica según cada materia que pueda ser arbitrable y solo con referencia a actividades discrecionales y siempre sujeto a arbitraje institucional. Insistiremos más adelante en los aspectos que provoca este debate.

⁵⁶¹ “1. Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican”.

⁵⁶² RTC 1995\34

⁵⁶³ E. García de Enterría Martínez-Carande, “La formación y el desarrollo en Europa de la jurisdicción contencioso-administrativa: su adquisición definitiva de un status de jurisdicción plena y efectiva”. *Revista de Administración Pública*, nº 179, 2009, pp. 167–183. En realidad, toda la obra del Maestro de la Complutense podría resumirse en un *eterno ritornello* sobre el principio de legalidad, siendo difícil escoger cual de sus trabajos mejor lo refleja, habiendo elegido el que ahora citamos por ser una de sus últimas aportaciones.

constitucional. Ya lo tenemos completamente acreditado en la parte primera de este trabajo.

La situación recuerda un tanto a la secular pugna por reconocer inclusive el propio contencioso–administrativo, que fue admitido tras una intensa y dilatada lucha. Y, por ello, la actual duda en el arbitraje sobre las Administraciones Públicas encara los mismos problemas y cuestiones que tuvo la aceptación del enjuiciamiento de la Administración por la jurisdicción contencioso– administrativa. Al final se trata de controlar y fiscalizar al poder, algo que como es obvio, éste procura evitar a toda costa. Y ello, aunque sea con una técnica tan diferente del juicio contencioso como es el arbitraje.

Si bien en todo el mundo es cada vez más conocido que al poder, como a la hidra, hay que partirlo y examinarlo, habiendo surgido en todo el orbe múltiples iniciativas de indagación e investigación sobre la actuación de los poderes públicos. La situación recuerda claramente a la famosa aporía creada por Zenón de Elea, sobre “Aquiles y la tortuga”, que supone que el héroe atleta nunca alcanzará al quelónido porque habría una distancia infinitesimal, aunque corra al doble de velocidad. La lucha contra las inmunidades del poder, por usar aquella frase clásica de García de Enterría, continúa⁵⁶⁴.

Naturalmente, nos estamos refiriendo, hasta ahora, al arbitraje dentro de nuestro territorio. Hay que apresurarse a indicar que, en el ámbito internacional, desde luego existe perfectamente diseñada la opción de que los Estados, como sujetos de Derecho internacional público, acepten la cláusula arbitral; bien tras la suscripción de un contrato, bien por medio de un Tratado e incluso mediante la incorporación de una cláusula paraguas. Y de ahí, remitiendo al Derecho Internacional, se sujeten a organismos arbitrales, como es el caso establecido por numerosos Laudos del Tratado de la Carta de la Energía⁵⁶⁵.

Amén, desde luego, de otros casos conocidos anteriormente en que el Consejo de Estado viene dictaminando la posibilidad de que efectivamente, el Estado y sus Administraciones Públicas, se sometan a arbitraje. Hagamos notar que el Consejo de Estado indica:⁵⁶⁶ “El Consejo de Estado comparte la opinión de que resultaría conveniente *potenciar la figura del arbitraje (versalita en el original)* que en la actualidad solamente se prevé para el supuesto de contratos celebrados en el extranjero⁵⁶⁷.”

Sirva de muestra el caso interesante de la aceptación del sometimiento a arbitraje de la incorporación de la colección Thyssen–Bornemisza, que mediante Real Decreto y mediante Dictamen favorable del Consejo de Estado en pleno, acepta que el Estado español se rija en este asunto por el derecho inglés y con sometimiento a arbitraje.⁵⁶⁸ Igualmente

⁵⁶⁴ E. García de Enterría, *La lucha contra las inmunidades del poder*, Cizur Menor, Cuadernos Civitas-Aranzadi, 2016.

⁵⁶⁵ A. Fernández Pérez, “Los contenciosos arbitrales contra España al amparo del Tratado sobre la Carta de la Energía y la necesaria defensa del Estado”, *Arbitraje*, vol. VII, nº 2, 2014, pp. 369–397.

⁵⁶⁶ A. Pérez Tenessa. *Compendio de la Doctrina del Consejo de Estado (En el XXV Aniversario CE)*. Consejo de Estado, Boletín Oficial del Estado, Madrid 2003, p. 330.

⁵⁶⁷ Dictamen del Consejo de Estado nº214/1992.

⁵⁶⁸ Ministerio de Cultura 28992 Real Decreto 1525/1988. de 16 de diciembre, por el que se autoriza el sometimiento a legislación extranjera y a arbitraje internacional de los contratos relativos a la colección Thyssen–Bornemisza, BOE 21.12.1988.

“La formalización de determinadas condiciones de los contratos para que la mayor parte de la Colección Thyssen–Bornemisza se instale en España exige la autorización previa del Consejo de Ministros en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 39 del Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General Presupuestaria. En su virtud, a propuesta del Ministro de Cultura, de acuerdo con el Consejo de Estado en Pleno y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 16 de diciembre de 1988, Dispongo:

otros casos, como compra de los aviones *Mirage*, también accesible en aspectos de legalidad, por el acceso que permite el Consejo de Estado, o el caso de las *tabacaleras Philips Morris y Reynolds*, de igual acceso, dan idea de supuestos en los que sí se han logrado ofrecer en el ámbito doméstico supuestos de arbitraje sobre la Administración. Normalmente son de difícil localización dado el carácter secreto que revisten —expresión de los viejos *arcana principis*— y que solamente en sus aspectos formales —la pertinente autorización— salen a la luz.

El art. 103.1º CE estipula que la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales⁵⁶⁹. Esta afirmación —el interés general impide someter a la Administración a arbitraje— ha sido utilizada en varias ocasiones para tratar de justificar que el arbitraje no puede invadir la esfera de lo público bajo la premisa de que los intereses generales que preserva la Administración Pública únicamente pueden ser examinados mediante decisión judicial competente al ser materia de orden público.

Interés general equivaldría a orden público, ecuación jurídica peregrina que se desmiente al observar cómo el propio Estado tiene que defender sus leyes y demás normas, actuaciones y toda clase de actos administrativos en el ámbito internacional, donde la invocación del interés general como excusa absolutoria de la competencia del tribunal arbitral, sería considerada como un argumento irrito.

Esta justificación no es más que una excusa generalizada para evitar hacerse cargo de una eventual condena que se hubiera dictado en contra de la Administración General del Estado en un arbitraje. Precisamente el arbitraje gana enteros en este ámbito debido a que puede dictar una resolución ágil que resuelva si la actuación de la Administración se ha apartado del interés general y por ende puede ser nula de pleno derecho —o deben surgir indemnizaciones a favor de los perjudicados—, reponiendo al particular que se haya visto afectado por una decisión arbitraria adoptada por el poder público⁵⁷⁰. Y es que en realidad los argumentos empleados para evitar el arbitraje administrativo recuerdan mucho los debates del siglo XIX sobre la mera posibilidad del propio contencioso administrativo.

Art. 1.0 Se autoriza que el contrato que establece las condiciones para la instalación en España de la mayor parte de la Colección Thyssen–Bornemisza, a suscribir entre el Reino de España y Favorita Trustees Limited, quede sometido al Derecho Inglés en cuantos aspectos se relacionen con su interpretación y cumplimiento. Toda controversia o cuestión que surja como consecuencia de dicho contrato podrá someterse a arbitraje internacional de acuerdo con lo estipulado en el mismo. Art. 2.º Se autoriza que el contrato a suscribir entre el Reino de España, Favorita Trustees Limited y la Fundación Colección Thyssen Bornemisza, quede sometido al Derecho Inglés en cuantos aspectos se relacionen con su interpretación y cumplimiento. Las controversias o cuestiones que surjan como consecuencia de ese contrato podrán someterse a arbitraje internacional en los términos estipulados en el mismo.

Disposicion Final

El presente Real Decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Dado en Madrid a 16 de diciembre de 1988. Juan Carlos R.

El Ministro de Cultura. Jorge Semprun y Maura”.

⁵⁶⁹ A. Nieto, “La vocación del Derecho administrativo en nuestro tiempo”, *Revista de Administración Pública*, nº 76, 1975, pp. 9–30, quien ya adelantaba lo que acabaría siendo texto constitucional poco después a propósito del denominado “interés general”. En esta misma línea, el autor examinaría en profundidad reconocida por toda la doctrina, en su trabajo “La Administración sirve con objetividad los intereses generales”. *Estudios sobre la Constitución española: Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría* / coord. por Sebastián Martín–Retortillo Baquer, Vol. 3, 1991 (La Corona, las Cortes Generales, del Gobierno y de las Administraciones Públicas), pp. 2185–2254.

⁵⁷⁰ E. García de Enterría Martínez–Carande, “Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado”, *Revista española de Derecho administrativo*, nº 89, 1996, pp. 69–89.

En el obligado camino de servidumbre al interés general, motor entero de la Administración Pública, la actuación de la Administración queda sometida al imperio de la Ley y el Derecho, con lo que podría resultar aceptable que el arbitraje tuviera un encaje constitucional en el ámbito de la actuación administrativa siempre que así lo disponga el legislador.

Baste recordar que existen órganos administrativos que enjuician a las propias Administraciones Públicas y las llegan a condenar incluso a multas y sanciones cuantiosas, en un ejercicio de justicia material, que no empecen para nada el sometimiento al principio de legalidad o a la reserva de jurisdicción (aunque en estos casos cabe recurso contra tal resolución) y el consecuente enjuiciamiento de la aplicación que hicieron del interés general. Principio que no es obstáculo en absoluto para que, al modo de los tribunales de justicia, un órgano administrativo actúe exactamente igual, desde la perspectiva material, que un tribunal de justicia y no tenga el menor reparo en condenar a cualquier Administración.

Tal fue el caso clarividente del Tribunal de Defensa de la Competencia, luego seguido sin la menor objeción por la Comisión Nacional de la Competencia y actualmente por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, donde se condena con perfecta habitualidad a las Administraciones de toda clase, se impugnan decisiones de esas mismas Administraciones ante los propios Tribunales de Justicia o asumir el papel de árbitro para dirimir casos en los que esté en juego poderes regulatorios. Es más: no quedan vinculados por la potestad reglamentaria, de manera que si una Administración arguye que su actuación está protegida por un Reglamento también se la condena sin que sirva ese reglamento de escudo protector, papel únicamente reservado a la Ley.

Un claro ejemplo pues de que cabe perfectamente confiar en que una Ley puede conferir potestades de enjuiciamiento sobre las Administraciones Públicas a otras Administraciones Públicas sin la menor lesión al principio de legalidad. De ahí, por extensión, hay que añadir que tampoco puede encontrarse menoscabo a dicho principio por el dato de que las Administraciones, con habilitación legal, puedan sujetarse al arbitraje, bastando que la propia ley habilitante así lo explicita. Y desde luego, basta apoyarse en el conocido arbitraje internacional para entenderlo sin ningún problema, ya que quienes arbitran enjuiciando nada menos que las propias potestades legislativas de todo un Estado, son árbitros particulares, sujetos privados sin otro poder que su propia *auctoritas*.

2. Búsqueda del interés general

Y, desde luego, la búsqueda del interés general no puede perturbar la transacción y la gestión sobre los bienes y servicios de los administrados (106.2 CE) y cuando esto suceda, deberá concederse una compensación inmediata, justa y equitativa. Ya hemos indicado que la característica principal del contencioso es la de constituir un juicio sobre la legalidad de la actuación administrativa, base segura del interés general.

Interesa bastante el Auto 100/1989, de 20 de febrero por cuanto, referido a un supuesto administrativo, plantea y resuelve también el carácter de los recursos que residencian las autoridades y órganos administrativos en amparo. Y muestra que no basta con afirmar que son defensores del interés general para entender que están ya por eso legitimados para acudir al amparo. Por otro lado, se realizan interesantes aportaciones al concepto de arbitraje en el seno de las Administraciones Públicas y plantea, por reconocimiento, lo que sucede cuando un árbitro es despojado de su neutralidad.

Veamos lo que cabe indicar en este Auto.

“Asimismo concurre la segunda causa de inadmisión señalada en su día. Como ha declarado este Tribunal en diversas resoluciones, en relación con la legitimación de las personas jurídico-públicas, el requisito de haber sido parte en el proceso previo no es condición suficiente para comparecer como parte actora en un recurso de amparo; además de esta condición, el art. 162.1 b) de la Norma fundamental exige –fuera de los casos del Defensor del Pueblo y del Ministerio Fiscal– la invocación de un «interés legítimo»; entendiéndolo por tal un interés «en sentido propio, cualificado o específico», que no debe confundirse con el genérico de preservación de derechos que ostenta todo ente u órgano de naturaleza política, cuya actividad está vinculada a fines generales y que ha de cumplir la legalidad en su sentido más amplio y hacerla cumplir en su ámbito de atribuciones.

En el presente caso no parece justificada, por lo que se refiere al derecho de huelga, la existencia de un interés específico del que quepa derivar la legitimación de la Generalidad Valenciana. Estriba el interés de ésta en que este Tribunal se pronuncie sobre la competencia del Gobierno para intervenir en supuestos de huelga estableciendo un arbitraje obligatorio, y las condiciones que debe reunir el árbitro designado por la Administración para ser el idóneo en supuestos como el contemplado, y ello porque la Generalidad considera –frente a lo sostenido por los órganos judiciales al interpretar y aplicar el art. 10.1 del Real Decreto-ley 17/1977– que la resolución de la Consejería de Trabajo de 23 de octubre de 1987, sobre huelga indefinida del sector de transporte internacional de mercancías, cumple los requisitos legalmente establecidos. El interés de la Generalidad Valenciana se centra, pues, en el mantenimiento de un acto propio invalidado en el recurso contencioso-administrativo previo; pero, como este Tribunal ha declarado (STC 257/1988), tal interés resulta irrelevante a efectos del recurso de amparo, ya que éste no constituye una vía abierta a los poderes públicos para la defensa de sus actos y de las potestades en que éstos se basan, sino, justamente, un instrumento para la correcta limitación de tales potestades y para la eventual depuración de aquellos actos, en defensa de los derechos fundamentales y libertades públicas de los particulares.

Descartada, pues, la posibilidad de invocar el derecho de huelga, la única cuestión que cabe plantear es la de si se ha originado indefensión a la Generalidad como consecuencia de haber dictado su resolución el Tribunal Supremo basándose, a juicio de la recurrente, en un hecho no debatido en el proceso: la supuesta falta de imparcialidad del árbitro designado por la Administración; cuestión sobre la que no tuvo, por lo tanto, ocasión de pronunciarse.

Frente a esta alegación de la recurrente, es preciso señalar que, según se deduce de las actuaciones, aunque en instancia no fue tenido en cuenta para el fallo el tema de la posible parcialidad del árbitro, este tema fue suscitado y, en consecuencia, estuvo sujeto a debate, ya que en el fundamento jurídico quinto de la Sentencia de 9 de mayo de 1988 del Tribunal Supremo, que resuelve el recurso de apelación, se declara textualmente: «... falta cualquier referencia a la imparcialidad del árbitro, como bien denunció el Fiscal en su informe ante la Audiencia de Valencia...». Pero, además, la Sala Quinta del Tribunal Supremo, en la mencionada Sentencia, desestima el recurso de apelación contra la de 19 de diciembre de 1987 de la Audiencia Territorial de Valencia que declaró nulo el acto recurrido –la resolución de la Consejería de Trabajo y Seguridad Social de 23 de octubre de 1987 y el laudo arbitral por él originado– basándose en dos argumentos independientes: la falta de imparcialidad del árbitro designado por la Administración y la ausencia de las circunstancias que configuran el supuesto previsto en el art. 10.1 del Real Decreto-ley 17/1977. A juicio del Tribunal Supremo, estas circunstancias son acumulativas y, si bien podía estimarse que la huelga resultaba perjudicial para la economía nacional, no cabía, sin embargo, entender cumplidos los otros dos requisitos, al no estar probado en autos la inconciliable posición de las partes y sólo llevar planteada la huelga quince días en el momento de adoptarse el acto recurrido.

Por consiguiente, aunque no hubiera existido posibilidad de debate sobre el primero de los argumentos esgrimidos, tal vicio no supondría una indefensión material con trascendencia constitucional; ya que, para fundamentar el fallo, habría bastado la falta de los requisitos legalmente establecidos. No cabe afirmar, pues, que se haya vulnerado el art. 24.1 CE; por lo que la demanda de amparo carece de contenido constitucional e incurre en la causa de inadmisibilidad prevista en el art. 50.1 c) de la LOTC”.

Notemos que justamente por el hecho de que el árbitro es designado por la Administración, peculiaridad que cursa de manera diferente a lo establecido en general en la técnica arbitral, surge este tipo de cuestiones que siempre, de una u otra manera, apuntan a debatir sobre las condiciones del árbitro, incluida su independencia, imparcialidad y

circunstancias sobre un posible conflicto de interés. Y por ello, también la reacción tiene que estar preparada, ya que difícilmente se darán efectivamente tales circunstancias negativas, no existiendo en realidad ni conflicto de interés, ni parcialidad, ni dependencia, y siendo más bien exquisito el cuidado observado en la designación del árbitro.

El ejemplo de los arbitrajes internacionales lo muestra de forma indubitada. La idea del interés general en modo alguno impide su enjuiciamiento —ni siquiera el principio de legalidad— así ocurre, valga reducirlo al absurdo, jurisdicción contenciosa—administrativa.

Ciertamente, el interés general no es la mera agregación de una suma integral de los intereses particulares. Eso no existe en una sociedad amplia y heterogénea, donde cada interés es distinto entre sí y de imposible suma. Aún más: cuando se pretende que el interés general sea el de los distintos fragmentos de intereses correspondientes a diferentes clases, estratos, segmentos y grupos de la población, su fuerza en una calificación única es, simplemente, una autoritaria expresión en la que acaba predominando el interés más fuerte o el más adaptado políticamente⁵⁷¹.

Eso ni es ni puede ser interés general. Más formalmente, es interés general el que define un Parlamento legítimo en cada caso a través de una Ley, siendo la Ley de Presupuestos la que acaba concretando con relativa exactitud, siempre que a su vez sea constitucional (donde se encuentra el interés general último), lo que se entiende por interés general en un momento preciso. Y de ese interés general, no se desprende que tenga que resultar contrario al interés de los distintos particulares, sujetos privados, sus organizaciones, etc.

De ahí que quepa perfectamente entender que cuando en su aplicación concreta, la puesta en marcha del interés general implique el desconocimiento de otros intereses, se plantee si es posible realmente desplazarlos. Algo así como afirmar taumatúrgicamente que en una sociedad democrática sólo existe el interés general a su vez inserto en todo acto administrativo que de forma ineludible procederá a eliminar o al menos desconocer a todo interés particular porque por definición es opuesto, contrario, a la existencia de dicho interés general⁵⁷².

Esta descripción es completamente incorrecta, ya que, de darse así, genera una sociedad estatista, en la que todo interés es portado por el funcionario que lo desempeña y sin que quepa entender como lícito el interés del ciudadano. El ciudadano como “administrado”, en el que, desde la cuna a la tumba, existe un acto administrativo que le acompaña y define, excluyendo cualquier aportación autónoma. Una situación literalmente incompatible con la autonomía del ciudadano y su dignidad —ahora sí— bfase misma CE.

El interés general, definido *ultima ratio* por la Ley de Presupuestos dando aplicación a la legislación sectorial y aun superándola ya que hay innumerables políticas que no tienen necesariamente que ser estricta aplicación de una Ley, no se contrapone de forma ineludible al interés particular. Con carácter genérico, conviven en múltiples ámbitos (sanidad, educación, por poner además los dos típicos supuestos caracterizadores del Estado Social y Democrático).

No cabe pues definir el interés general a partir de unos supuestos “fines del Estado” que era, con exactitud, lo que preveía congruentemente con su naturaleza de Estado autoritario, la Ley Orgánica del Estado del régimen anterior (Jefatura del Estado Ley

⁵⁷¹ Un buen análisis de cómo se fragmenta el interés general y lo que se exige para recuperar su visión unitaria, en M. Olson, *Poder y Prosperidad*, Madrid, Siglo XXI, 2001.

⁵⁷² E. García de Enterría. “Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado”. *Revista española de Derecho administrativo*, nº 89, 1996, pp. 69–89.

Orgánica del Estado, nº 1/1967, de 10 de enero. BOE 11 enero 1967). En la misma se indicaba con toda coherencia autoritaria: “Título VII La Administración del Estado”.

“Artículo cuarenta. 1. La Administración, constituida por órganos jerárquicamente ordenados, asume el cumplimiento de los fines del Estado en orden a la pronta y eficaz satisfacción del interés general”.

La existencia de tales fines, haciendo del Estado una persona con definición propia basada en una voluntad, que al final venía a coincidir con la del Jefe del Estado, supone esa prosopopeya que hacía así del mismo un sujeto propio. Un puro hegelianismo cuyas consecuencias están bien claras: inexistencia de una sociedad con sujetos libres, autónomos y con intereses, absolutamente lícitos, propios.

Y eso, con exactitud, es lo que cambia con la doble entrada en una Constitución y en la, hoy, Unión Europea. El interés general, definido a partir del clausulado constitucional, en ocasiones prescriptivo y desde luego limitativo de opciones contrarias al texto fundamental, se reconoce formalmente en la legislación y en su aplicación presupuestaria, también basada en el pluralismo político al ser votada en Cortes. De ahí la esencialidad de los Presupuestos: son ellos los que definen las prioridades en que se concreta anualmente el interés general.

Lo que no excluye que una sociedad civil viva, compuesta de millones de ciudadanos, expresen sus peculiares y propios intereses que, en general, tendrán cabida y aceptación mientras cumplan con las Leyes, que para un ciudadano es un límite, un valladar, a diferencia de la Administración, para la cual, la Ley es un motor vital.

Y en una sociedad abierta no puede existir monopolio en la definición y aceptación del interés general en forma excluyente del resto de los intereses particulares, que eventualmente, pueden coincidir con aquél tal y como ocurre en el seno de una sociedad mercantil, según la propia tesis contractualista, según la cual el interés social equivale a la suma de los intereses particulares de los socios. Es misión de la Administración aplicar esa prioridad legal, presupuestaria y administrativa, y mantener pues el interés de quien en los Presupuestos y en la Legislación sectorial, exige su aplicación mecánica, ahora sí, de tales leyes.

Y lo que está por ver es que el principio de legalidad exija que solamente el Juez contencioso decida la cuestión. Porque Juez o no Juez, al final, lo que se está dilucidando es si en efecto la Administración ha sido correcta portadora de ese interés general.

Es decir, cuando se habilite por Ley, se puede afirmar la existencia de posibilidades de arbitraje respecto de las Administraciones Públicas. Solo a la Ley le corresponde dilucidar si cabe o no el arbitraje sobre una actuación de la Administración (o precisamente, encargando a ésta que resuelva como árbitro un conflicto determinado). Es una manifestación más del principio de legalidad, ahora visto como sustento nutricional de este instituto, que recibe así toda la fuerza del legislador democrático.

Estos arbitrajes tendrán límites. Así los que estén vinculados a legislación imperativa que exija cumplimiento con potestades de imperio, pero en modo alguno todos aquellos aspectos en los que quepa entender que su negociación no supone merma alguna de tal potestad de imperio. Y por cierto, como indicaba el profesor González Pérez, sin confundir dicha potestad de imperio con el concepto de potestad reglada, que alude a otro aspecto del ejercicio de esa función de la Administración (en concreto, al detalle con el que se prescribe el ejercicio de la misma, que en la potestad reglada está fijada con precisión, lo que no supone que no quepa transacción y que por ende no sea disponible, como sucede,

por ejemplo, en los convenios expropiatorios donde se juega, nada menos, que con los presupuestos de la correspondiente Administración y sin embargo es típicamente un supuesto de contrato o convención, en definitiva, de acuerdo)⁵⁷³.

En el binomio inequívoco “Democracia – Estado de Derecho” el Estado carece de “fines”. No existe una determinación unívoca e inequívoca del Estado para cumplir destino alguno. Existen, desde luego, los fundamentos constitucionales que determinan los elementos básicos con los que se consigue otorgar dignidad a la persona, a cada persona, base clara de la fusión entre Democracia y Estado de Derecho, que así se unen inextricablemente de forma que no puede existir una sin el otro.

Lo que no hay ni consta, es una voluntad última que un “supremo intelecto” pueda orientar y exigir a través de su brazo secular que sería la Administración. Así, ésta no tiene que cumplir ningún “fin” del Estado, porque no existe ninguna voluntad superior en que éste se circunscriba.

La sociedad abierta⁵⁷⁴ que democráticamente se renueva día a día, no exige que se le reconozca que, homogéneamente, tenga un fin último, un destino. Nada de eso existe. Ni la sociedad es homogénea (mucho menos en nuestros días donde la pluralidad de valores es enorme y con muchos de entre ellos en contradicción entre sí, lo que obliga a conciliarlos), ni existe una voluntad única determinante de la personalidad del Estado, ni los ciudadanos tienen otro límite que la Constitución. Y, en consecuencia, el interés de éstos admite pluralidad de formulaciones, compatibles todas ellas con la Constitución.

De forma que no existe ningún permanente interés general del Estado. Siempre existe la Constitución, base exacta de la distinción entre poder constituyente y constituido. Y son sus elementos esenciales los únicos que tienen vocación de permanencia, pero en lo principal, son elementos abiertos que incorporan la opción de integrarse mediante el ejercicio de su desarrollo democrático, cambiante, mudable, y que con el límite de las determinaciones constitucionales básicas, admite desde luego, que ese interés general curse de una forma diferente según el legislador democrático que lo determine.

Como es conocido, la Constitución, tiene determinadas normas prescriptoras con contenido reglado, pero en lo esencial, las “políticas” contenidas en sus preceptos, son abiertas, de manera que no existe una sola y única opción en la inmensa mayor parte de ellas. No son rígidas. Muchos artículos CE tienen pues el carácter meramente indicador de opciones que han de desarrollarse, pero cuyo contenido admite pluralidad de posibilidades, igualmente constitucionales pese a su contraria determinación. Y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional examinada es ejemplo de la evolución permanente de la concepción de esas normas. No se trata de un contenido “orientador” al modo de las Constituciones decimonónicas, que no vinculaban y cuyo carácter programático se oponía a su consideración como norma jurídica y por ende a la atribución de derechos subjetivos completos y perfectos. Hoy, existe una indicación constitucional militante que es necesario actualizar y amoldar al curso del tiempo. Y son esos resortes lo que permiten considerarla una Constitución “viva”. La Constitución como norma jurídica es la formidable aportación que hace a la sociedad nuestra Carta Magna⁵⁷⁵.

⁵⁷³ J.A. García-Trevijano Fos, *Tratado de Derecho administrativo*. Editorial de Derecho Reunidas, D.L., Madrid 1979.

⁵⁷⁴ El trabajo seminal, como es comúnmente reconocido es el de Karl Popper, *La sociedad abierta y sus enemigos*, Ediciones Paidós Ibérica, 2006

⁵⁷⁵ E. García de Enterría, *La Constitución como norma jurídica*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1979.

En ese marco, la Administración Pública desarrolla su actividad, realizando así actuaciones mediante actos administrativos, reglamentos, contratos y demás instrumentos, que en el caso en que entren en disputa con intereses privados, prevalecerán solo mediante la aplicación estricta de la Ley, no en otro caso. Y no será así cuando la opción realizada por la Administración Pública sea contraria a la Ley que habilita tal actuación, supuesto en el cual el particular disputará la definición del interés general que haya realizado la Administración.

El principio de legalidad estará en el origen mismo de esa actividad administrativa. Pero no está en contradicción con el examen que pueda realizar quien desarrolle en equivalencia jurisdiccional el correspondiente control. Prueba de ello es que, con todas las limitaciones y cautelas que adopta la legislación, lo cierto es que, en diferentes textos, centrales y autonómicos, se viene admitiendo la existencia de arbitraje.

Así, normalmente en la legislación sobre patrimonio de las Administraciones Públicas, de prácticamente todas las Autonomías, coincide la admisión del arbitraje con formulación parecida a la legislación homóloga estatal (intervención del Consejo de Estado o equivalente y acuerdo del respectivo Gobierno); tradicionalmente se aceptó lo mismo en contratación del sector público, tanto estatal como en sus desarrollos autonómicos, así como la legislación presupuestaria, también central y autonómica. En todos estos supuestos, se entiende perfectamente aplicable, con las consabidas cautelas de intervención de órganos consultivos, procede entender que precisamente el interés general se protege mediante su enjuiciamiento poniendo en cuestión la conducta o actividad de la Administración.

Si en el contencioso administrativo, precisamente, el principio de legalidad exige que el interés general sea el que resulte del litigio cuando es discutido, el problema de que sea un árbitro quien lo determine es, en alguna medida, un problema o cuestión heredada, más que un problema irresoluble. Lo que realmente hace muy difícil llevar a un terreno natural, a una actitud de normalidad algo que supone una ruptura para las mentalidades establecidas.

Además, toda la base misma del contencioso – administrativo, al final, no consiste en otra cosa que en afirmar que la Administración Pública aplicó equivocadamente el interés general y que, precisamente, quien lo defiende en ese caso concreto, en aplicación justa de la legalidad, es el particular que impugna ese acto administrativo. Y si los Tribunales le dan la razón, resultará que el interés general lo ha reclamado el sujeto privado, mostrando, así como la defensa de su propio interés particular es también parte del interés general. Pero no es sencilla esta “lucha por el Derecho”. La añeja expresión de Ihering, cobra dimensión exponencial si la aplicamos al contencioso administrativo.

No ha de extrañar la dificultad. El poder, siempre, utiliza toda clase de técnicas y argumentos para evitar ser examinado. Una vez que paulatinamente se va aceptando esa posibilidad, de manera continua no obstante, siempre que le resulta posible, trata el poder de inutilizar o al menos de minimizar las posibilidades de actualización real y efectiva de quien intente disputar sus “intemperancias” (por usar la conocida expresión de García de Enterría).

Y eso es, con exactitud, lo que aconteció con el nacimiento y evolución del contencioso. Cualquiera que repase las páginas de Édouard Laferrière ⁵⁷⁶ reconocerá, *ceteris paribus*

⁵⁷⁶ É. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2 vol., Berger-Levrault, 1887–1888, 2e éd. 1896, réédition LGDJ 1989. En la extensa obra de Eduardo García de Enterría, puede encontrarse magníficamente relatada esta evolución. *Vid.* así, “La formación y el desarrollo en

que prácticamente todos los argumentos, razones y sinrazones exhibidas para negar toda posibilidad de instaurar el contencioso, son las que ahora se utilizan para negar la posibilidad de arbitraje.

Por otro lado, la defensa del interés general no tiene que hacerse, de manera ineludible, mediante las acciones procesales ante los Tribunales de Justicia. Esa fórmula ordinaria, puede complementarse con otras técnicas como la del propio arbitraje. Y así, a veces, lo ha venido a reconocer (e incluso impulsar) el propio legislador, como ocurrió, por ejemplo, con la anterior legislación de contratos del sector público (Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre).

La utilización del arbitraje es, o debería ser, un método más de resolución de conflictos. Al Estado no le está prohibida ni la transacción ni el compromiso. De hecho, hay supuestos de transacciones inclusive sobre potestades regladas, como demostró Jesús González Pérez:

“Ha de rechazarse la fórmula a veces propuesta consistente en vincular el ámbito de la transacción con el de la discrecionalidad, excluyendo cualquier actuación reglada de las Administraciones públicas. Ya que en el ejercicio de las que se han considerado potestades regladas se producen —y no precisamente con carácter excepcional— transacciones. La estimación de cantidad —que es precisamente el supuesto que destaca el número 1 de este artículo, que prevé especialmente— no se da por lo general en ejercicio de potestades discrecionales. La Administración pública no ejerce potestades discrecionales para fijar el justiprecio, ni la indemnización derivada de responsabilidad contractual o extracontractual⁵⁷⁷”.

Y ello tuvo un momento de interés en el asunto *Fundación Ortega y Gasset*” (*Edificio Calle Fortuny*, que supuso la introducción de transacción en ejecución de Sentencia, al que luego aludiremos. En definitiva, ni el interés general ni el principio de legalidad son obstáculos para admitir el arbitraje y que la Administración se sujete a su veredicto.

Como tuvimos ya ocasión de estudiar, en Francia se ha seguido esta vía, sustituyendo la acción directa ante el tribunal contencioso por un ejercicio previo de mediación. Ahora

Europa de la jurisdicción contencioso-administrativa: su adquisición definitiva de un status de jurisdicción plena y efectiva”, *Anales de la Real Academia de jurisprudencia y legislación*, n.º. 39, 2009, pp. 681–697.

⁵⁷⁷ J. González Pérez, “La transacción en el proyecto de ley de la jurisdicción contencioso-administrativa”, *Revista de Administración Pública*, n.º 145. enero-abril 1998, pp. 17–18, donde además reoge dos dictámenes del Consejo de Estado que transcribimos:

Dictamen 41876/79 dice:

“Como ha señalado reiteradamente el Consejo de Estado, la transacción exige institucionalmente, para que pueda legitimarse, la existencia de una relación jurídica dudosa, cuya incertidumbre venga a eliminar precisamente la transacción mediante las recíprocas concesiones que se hagan las partes (dictamen de 2 de noviembre de 1967, en el expediente n.º 35577; dictamen de 4 de febrero de 1965, en el expediente n.º 33394). Asimismo, se ha señalado por este Consejo de Estado que los requisitos fundamentales de la transacción son tres: relación jurídica incierta o tenida por tal; intención de sustituirla por otra cierta y determinada, y recíproca concesión de las partes; puntualizándose que mientras los dos primeros son expresiones subjetivas de una situación, la ponderación del tercero de dichos requisitos debe ser más objetiva (dictamen de 5 de noviembre de 1964, en el expediente n.º 33068). Por su parte, el Código civil define la transacción en su art. 1809 como ‘un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado’”.

Y el Dictamen 764/92, que enumera los tres elementos definidores de la transacción:

— “La presencia de una relación jurídica incierta, ya sea en lo que se refiere a su misma existencia, ya sea en lo que concierne a su contenido. Esa incertidumbre tiene como consecuencia que exista una causa o posibilidad litigiosa y el consiguiente temor litis.

— La intención de las partes de eliminar tal incertidumbre, sustituyendo la relación jurídica afectada por una relación totalmente cierta y clara.

— La instrumentación de tal intención a través de recíprocas concesiones.”

en España, se apunta ya algún caso de interés, el indicado asunto “Edificio Conde de Fenosa”, al mismo tiempo que se considera que es plausible potenciar esta figura desde el propio Consejo General del Poder Judicial. Esperemos sea una línea fecunda y que acabe dando resultados.

Resuelto que ha sido que, efectivamente, cabe la mediación administrativa, antesala del arbitraje, la cuestión se centra ahora en ir conociendo si las clásicas observaciones típicas del Derecho administrativo como *summum* de la aplicación de la legalidad, unido a las exigencias constitucionales, obstaculizan el arbitraje. Y derivado de ello, cuáles serían las técnicas que permitirían o impedirían el desarrollo del mismo.

En resolución pues, entendemos perfectamente justificado que el interés general que ha de constituir el *letimotiv* de la Administración Pública, no se opone ni significa obstáculo alguno para la aplicación del arbitraje a la Administración Pública.

Tendremos más adelante ocasión de examinar lo que significa también el interés general cuando es la Administración la que arbitra, adelantando en estos momentos que es la Ley la que puede determinar que pueda en su caso, proceder a establecer esta opción, y hacerlo de manera terminante y clara, despejando desde el propio principio de legalidad, todas las dudas. Dudas que, por demás, constitucionalmente, no se han encontrado en la jurisprudencia constitucional, lo que supone una confirmación de que, pese al silencio CE sobre el alcance de los poderes de las Administraciones, tal omisión no supone interdicción alguna.

3. Arbitraje y principio de legalidad

A) Interés general e intereses generales: una miscelánea compleja

Continuemos con el desarrollo de los efectos y consecuencias que la utilización del interés general, concepto y elemento capital de toda la actuación de la Administración Pública, supone en el ejercicio del arbitraje, tanto cuando activamente se le atribuye por Ley – y el rango legal es absolutamente exigible según ya hemos mostrado – como en el caso de ser sometido al mismo, bien en virtud de Ley y su aplicación vía contractual, o internacionalmente, vía Tratado o contrato previa habilitación legal. Siempre y en todo caso, incluso en la mera formalización de cualquier instrumento, jugará el interés general en el momento de su suscripción, lo que supone que, luego, difícilmente podrá exonerarse de su cumplimiento (siendo ésta, con toda exactitud, una de las bases de la exigencia ulterior de la aplicación del principio de confianza legítima).

Veamos si desde el principio de legalidad, consagrado constitucionalmente como uno de los principios generales de actuación de la Administración Pública, cabe la aplicación del arbitraje a esta *Potentior Personae*.

El art. 103 CE dispone que los Tribunales controlarán la legalidad de la actuación administrativa. Con esta dicción se pretende reforzar la separación de poderes y enunciar, sin ningún tipo de complejos, que las Administraciones Públicas quedan rendidas al imperio de la Ley⁵⁷⁸.

⁵⁷⁸ E. García de Enterría, “Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado”. *Revista española de Derecho administrativo*, nº 89, 1996, pp. 69–89. cit., y su conocido trabajo: *La Lucha contra las Inmunidades del Poder en el Derecho administrativo*, Cizur Menor, Aranzadi, 1983.

Ambos preceptos parecen configurar, en una observación primera, un muro infranqueable para la penetración del arbitraje en el sector público, de tal forma que las posibles controversias entre particulares y la Administración tendrían respuesta a través sólo de la jurisdicción contencioso-administrativa⁵⁷⁹ de conformidad con los arts. 8 y 9.4, como sobre todo, el 24 LOPJ⁵⁸⁰. Así, aunque no está vedada la posibilidad de que según en qué casos, las disputas deban decidirse en otro orden jurisdiccional (laboral, civil, penal), con carácter general será la jurisdicción contencioso-administrativa la encargada de dirimir controversias entre el particular y la Administración Pública.

La actuación administrativa no puede quedar inmune a la supervisión judicial ni tan siquiera cuando contemple meros intereses privados gestionados por ella misma atendiendo a la abierta posibilidad constitucional establecida en el art. 128.2º, CE, cuando dispone que “Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica”, razón por la que el art. 106.1º CE, cuando menciona la actuación administrativa no se refiere exclusivamente a los actos de Derecho administrativo efectuados por la Administración Pública, sino también cuando maneje intereses privados, aunque en ese caso sea en muchas ocasiones el orden jurisdiccional civil el que vele por la tutela judicial efectiva que reclaman los ciudadanos⁵⁸¹.

El antedicho artículo no garantiza que la Administración Pública obre siempre de la forma correcta, sino que el particular podrá solicitar que cualquier medida final adoptada

⁵⁷⁹ T. R. Fernández, J. A. Santamaría Pastor y S. Muñoz Machado, *Constitución y Leyes Administrativas Fundamentales*, 2ª ed., Madrid, Iustel, 2008, p. 67.

⁵⁸⁰ Art. 8. “Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican.”

Art. 9.4: “Los del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al Derecho administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la Ley y con los Reales Decretos Legislativos en los términos previstos en el art. 82.6 CE, de conformidad con lo que establezca la Ley de esa jurisdicción. También conocerán de los recursos contra la inactividad de la Administración y contra sus actuaciones materiales que constituyan vía de hecho.

Conocerán, asimismo, de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional. Igualmente conocerán de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva.

También será competente este orden jurisdiccional si las demandas de responsabilidad patrimonial se dirigen, además, contra las personas o entidades públicas o privadas indirectamente responsables de aquéllas.”

Art. 24: “En el orden contencioso-administrativo será competente, en todo caso, la jurisdicción española cuando la pretensión que se deduzca se refiera a disposiciones de carácter general o a actos de las Administraciones Públicas españolas. Asimismo conocerá de las que se deduzcan en relación con actos de los poderes públicos españoles, de acuerdo con lo que dispongan las leyes.”

⁵⁸¹ Son múltiples los supuestos de casos en que las Administraciones Públicas entran directamente en el tráfico privado, normalmente ligados al ámbito patrimonial y demanial, contratación, y desde luego, en los múltiples supuestos de intervención a través de organizaciones típicas, tales como fundaciones del servicio, empresas públicas, etc. No es el caso ahora de describir toda la galaxia administrativa, ya que, en su organización, frecuentemente, se entrecruzan el ámbito genuinamente público con el privado, en forma a veces inextricable y en otras con deslindes entre sí en una figura de multiorganización donde pueden encontrarse ámbitos propiamente públicos y otros claramente privados. Vid F.J. Jiménez de Cisneros Cid, *Los organismos autónomos en el Derecho público español: tipología y régimen jurídico*. Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 1987. En relación con el fondo de la intervención del Estado, puede consultarse con provecho el trabajo de R. Gómez-Ferrer Morant. “La reserva al sector público de recursos o servicios esenciales”, *Estudios sobre la Constitución española: Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría* / coord. por Sebastián Martín-Retortillo Baquer, vol. 5, 1991 (Economía y Hacienda), pp. 3803–3830.

por la Administración Pública sea revisada por un órgano judicial imparcial e independiente del poder ejecutivo. Las medidas de trámite que puedan producirse en el seno de un procedimiento administrativo quedan excluidas debido a que conllevaría a la eternización del procedimiento si cada actuación administrativa pudiera ser objeto de recurso contencioso-administrativo. La propia Administración tiene mecanismos para solventar una actuación de trámite que pueda ser errónea, normalmente a través de una revisión de oficio, especialmente si son actos de trámite cualificados.

El funcionamiento de la Administración Pública se fundamenta en varios principios generales impuestos por la inmensa panoplia de legislación administrativa, como el principio de buena fe y de confianza legítima que debe amparar las relaciones con los particulares (y que tan bien son conocidos por los internacionalistas)⁵⁸².

Entre sus fines se encuentra el de servicio a los ciudadanos⁵⁸³ mediante el que la Administración Pública ha de hacer efectivos los derechos de los ciudadanos, quienes tienen derecho a reclamar ante la jurisdicción contenciosa en caso de no obtener una respuesta positiva de la Administración competente y entender que las decisiones adoptadas por esta son lesivas para sus intereses. Pero cuando la medida de la Administración Pública atente contra los intereses del particular, esta disputa puede dilucidarse mediante un arbitraje en lugar de acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa, siempre que obre una ley de habilitación al respecto.

Ciertamente, tal posición, puede resultar un tanto original y que invita a cierta perplejidad en las mentalidades formadas en el ortodoxo y tradicional Derecho administrativo de corte francés más acostumbrado y cuyo exponente clásico fue Édouard Laferrière⁵⁸⁴. Pero tenemos ya acreditada la evolución del derecho galo, que ha normalizado que en determinados aspectos, se admita resueltamente el arbitraje, como sucede en la reciente reforma de la contratación.

Y es que el principio de legalidad puede, clásicamente, otorgar a la Administración Pública “*privilegios en más y privilegios en menos*”, según la acertada y aceptada

⁵⁸² Inicialmente y como consecuencia de jurisprudencia del Tribunal Supremo, inspirándose en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a su vez bebiendo de fuentes alemanas, se incorporó a nuestro ordenamiento en el art. 3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Hoy se sitúa en el art. 3.1 e) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, claro heredero de la ley anterior, al indicar que “Las Administraciones Públicas deberán respetar en su actuación y relaciones los siguientes principios: buena fe, confianza legítima y lealtad institucional. *Vid.* J. García Luengo, *El principio de protección de la confianza en el Derecho administrativo*, Madrid, Civitas, 2002. En general, *vid.* J. A. Santamaría Pastor (Dir.) *Los principios jurídicos del Derecho administrativo*, Madrid, La Ley, Madrid 2010. Ahora, sobre la buena fe, remitimos a lo indicado por J. Wild, *cit. loc. cit.*

En las últimas Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se hace una, cada vez más, matizada aplicación de este principio, corresponsabilizando en gran medida al propio interesado de su posición en relación con la confianza. Un “prudente” inversor, por ejemplo, tiene que aceptar que existe un “riesgo del inversor” asociado a la expresada manifestación del Estado y sus Administraciones que tiene que llevarle a que, en su decisión, haga un cálculo muy prudente que tenga en cuenta todas las posibles variables y, finalmente, que acepte que las decisiones y normas del Estado están sujeta a cambios si las circunstancias razonablemente lo exigen, aunque inicialmente el plan del Estado fuera otro. *Vid.* Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de julio de 2019, *Asunto Energías renovables. Italia*, donde, negándose a resolver directamente la cuestión sin embargo el TJUE, realiza una remisión a los tribunales italianos, pero fijando unos parámetros que coinciden en la práctica en disminuir la intensidad del principio de confianza legítima.

⁵⁸³ Así lo hacía la derogada de la Ley 6/1997 de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), Art. 4 y hoy la citada Ley del Sector Público en el art. 3.1. a): “Las Administraciones Públicas deberán respetar en su actuación y relaciones los siguientes principios: Servicio efectivo a los ciudadanos”.

⁵⁸⁴ *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, ya citado.

descripción de Jean Rivero⁵⁸⁵. Todo depende, pues, de la Ley, siempre que a su vez ésta no tropiece ni con la Constitución ni con los Tratados Europeos. Dentro de ese ámbito, resulta soberana, limitadamente soberana, si se nos permite el oxímoron. Y podría perfectamente ser suplida la actual jurisdicción contenciosa administrativa por la jurisdicción común para entender, también de los asuntos propios de las Administraciones Públicas sin afectar a la constitución (otra cosa será la fuerte impregnación cultural del contencioso).

La única barrera infranqueable es que la Administración no sea controlada judicialmente, ya que habría un poder inmune incompatible con el Estado de Derecho. Y dentro de esas opciones, cabría acudir al remedio arbitral, especialmente como fórmula que permitiera ir consolidando respuestas rápidas, flexibles y expertas en multitud de materias administrativas siempre que la Ley lo habilite. Es una pura opción legal.

No obstante lo cual, en un momento más embrionario, parte de la doctrina administrativa comenzaba con un atormentado discurso sobre la exclusión y rechazo del arbitraje. Este rechazo, comprensible en su momento por la inexistencia de una cultura arbitral y el incipiente recorrido de la jurisdicción contencioso-administrativa, amén de la desconfianza política, carece de razón en nuestros días, si atendemos al panorama internacional de colocar, cada vez más, a los poderes públicos en una situación de igualdad de armas con las exigencias de los administrados. *Level the playing field* es un lema de vanguardia, ya que resulta poco soportable esa situación de plano inclinado en que se sitúan las relaciones procedimentales primero y procesales después entre la Administración y los administrados. Máxime en un mundo cada vez más globalizado si pretendemos atraer a empresas e inversión extranjera.

Las mejoras del funcionamiento global de las Administraciones, serían palmarias⁵⁸⁶. Simplemente si anotamos que ello supondría el abandono de muchos privilegios. Un ejemplo interesante lo proporciona el Dictamen de la Comisión Permanente del Consejo de Estado en la ya lejana fecha de 21 de julio de 1994, lo que demuestra que cuando hacen su aparición necesidades de reconocimiento de actuaciones fuera de nuestras fronteras, de siempre hubo esa posibilidad de sumisión al arbitraje. Se trataba de un asunto, ligado a la Defensa, – núcleo duro de la soberanía – como era el “Expediente de adquisición de 11 aviones Mirage F.1–Eda (monoplazas), 2 aviones Mirage F.1–Dda (biplazas) y material asociado”, compra que se hacía mediante una adquisición directa (lo cual es una

⁵⁸⁵ J. Rivero, “Droit administratif français et droits administratifs étrangers”, *Páginas de doctrine*, París, LGDJ, 1980, t. II, pp. 475 y ss. Versión en español en Rivero, Jean, *Páginas de Derecho administrativo*, Bogotá, Temis, 2002, pp. 121 y ss. Es clave la actualización realizada por Braibant, desde su atalaya en la Sección de “Études et Documents” del Conseil d’État. Vid, Braibant, Guy, “La jurisdicción administrativa en derecho comparado”, *Deuxième centenaire du Conseil d’État*, vol. II, número especial de *La Revue Administrative*, Presses Universitaires de France, 2001, pp. 38.

⁵⁸⁶ J. Rosa Moreno, *El arbitraje administrativo*, McGraw-Hill – Universidad de Alicante, Madrid, 1998; A. Huergo Lora, *La resolución extrajudicial de conflictos en el Derecho administrativo*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2000; R. O. Bustillo Bolado, *Convenios y contratos administrativos: transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento*, Thomson-Aranzadi, 2004; J. Tornos Mas, “El arbitraje en el Derecho administrativo: Posibilidad de esta figura jurídica”, *Revista del Tribunal Arbitral de Barcelona*, *Boletín* nº 6, 1995, pp. 13 y ss; J. M. Trayter, “El arbitraje de Derecho administrativo”, en el nº 143 *Revista de Administración Pública*, mayo-agosto 1997, pp. 75.; F. González Menudo, “Arbitraje y Derecho público”, *Justicia Administrativa*, nº 2, enero 1999; E. Montoya Martín, “Reflexiones sobre los medios alternativos de Resolución de conflictos en la Administración”, en Alternativas no jurisdiccionales en la resolución de pretensiones de Derecho público (VI Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía), *Civitas-IAAP*, Sevilla, 2003; E. Gómez-Reino y Carnota, “El arbitraje administrativo en el Derecho de la Competencia”, *Revista de Administración Pública*, nº 162, septiembre-diciembre 2003.

consecuencia inmediata de su carácter de acuerdo con otro Estado soberano). En este arbitraje no funcionan de manera inevitable las prerrogativas de las Administraciones Públicas, pese a lo cual los árbitros son siempre bien conscientes de que “es un Estado lo que están enjuiciando”. Y en este arbitraje internacional se percibe que la posición general de los ciudadanos mejora de inmediato. Y junto con esa súbita mejora, las Administraciones Públicas tienen que actuar con mayor diligencia, sin descansar su defensa en el orbe de privilegios que se le conceden.

Ceteris paribus la situación debería ser idéntica en el ámbito doméstico, ya que si tenemos en cuenta la importancia de los asuntos que se ventilan en el arbitraje internacional, decaen las objeciones para que también se pueda producir con fórmula parecida el arbitraje dentro de las fronteras estatales.

Y es que las transformaciones del Estado —que siendo como es desde el Renacimiento hasta nuestros días, el centro de gravedad permanente del poder— son evidentes en un mundo global, interconectado y cada vez más penetrado por intereses de todo orden.

En primer lugar, a lo largo de su lengua historia jurisprudencial, el Tribunal Constitucional no se ha pronunciado en contra de que el Estado se someta a arbitraje o de que el Estado arbitre. Aún más, como acabamos de ver, por lo que hace al arbitraje realizado por una Administración Pública, lo que le ha preocupado es si era o no obligatorio, o si cabía una revisión del fondo por parte de los tribunales ordinarios. No se ha cuestionado el propio sistema arbitral organizado (en dicho caso, en el sector transportes o en propiedad intelectual o en los distintos *topoi* que tenía enfrente esperando una resolución).

Y por lo que se refiere al Estado como parte en un arbitraje, es habitual que comparezcan en calidad de parte ante un Tribunal arbitral (comercial o de inversiones), exactamente igual que lo hace cualquier persona o corporación y sin privilegio ni prerrogativa alguna —si bien proliferan motivos de oposición a la competencia del tribunal arbitral—. Y de otro lado, iremos comprobando como el Consejo de Estado, en aplicación de las leyes, ha emitido dictámenes favorables a esta opción procesal⁵⁸⁷.

Nada que observar respecto de la reserva de jurisdicción, por utilizar el bien conocido título con que el profesor Muñoz Machado caracterizó el art. 117 CE.⁵⁸⁸ Dado que existe una amplia admisión del arbitraje privado por el Tribunal Constitucional, no existe motivo alguno para no dar por resuelto el tema sin que se ponga, desde este punto de vista, peculiaridad alguna por tratarse de Derecho público.

El arbitraje está aceptado como equivalente jurisdiccional y no altera en nada la exclusividad del enjuiciamiento atribuido a los jueces frente al legislador y el ejecutivo, verdadero problema que es el que quiere resolver este precepto. Así se desprende de la exhaustiva indagación realizada sobre la jurisprudencia constitucional.

El Juez ocupa el centro de gravedad permanente de las relaciones jurídicas conflictivas entre Administraciones y administrados. Y solo como un equivalente a tal posición, siempre sujeto a la existencia de una Ley, cabría que determinadas relaciones aparecieran sometidas a arbitraje, por conveniencia social legalmente reconocida y siempre a salvo que en caso final de que existiera alguna alteración de las exigencias fundamentales, el Juez, reclamándose enérgicamente a los principios constitucionales, revise esa actuación y, eventualmente, la anule tras la correspondiente acción de anulación. Hay, por así decir,

⁵⁸⁷ R.O. Bustillo Bolado, *Convenios y contratos administrativos...*, *op.cit.*

⁵⁸⁸ S. Muñoz Machado, *La reserva de jurisdicción*, Madrids, Wolters Kluwer, 1989.

una actuación a distancia, porque todo el final entramado jurisdiccional, acaba siempre reposando en la figura del juez. Y ésta es la clave.

Ciertamente, apegado al examen tradicional sobre el arbitraje, cuando el Tribunal Constitucional ha fundado la constitucionalidad del arbitraje lo ha hecho sobre la base firme de la libertad. Alguna reciente Sentencia –voto particular de Xiol Ríos en la STC 1/2018– ha fundado también el arbitraje en la dignidad, como si aquello pudiera suponer un cambio de paradigma sobre el que asentar el arbitraje. Así la ya citada Sentencia del Tribunal Constitucional, 176/1996, de 11 de noviembre, F.J. 4), Ponente el magistrado Julio Diego González Campos. Permítasenos la reiteración, nos recuerda:

“Tal planteamiento, sin embargo, no puede ser compartido, ya que supondría privar al arbitraje, cuya licitud constitucional hemos declarado reiteradamente (SSTC 43/1988, 233/1988, 15/1989, 288/1993 y 174/1995), de su función como medio heterogéneo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados; lo que constitucionalmente le vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento (art. 1.1 CE). De manera que no cabe entender que, por el hecho de someter voluntariamente determinada cuestión litigiosa al arbitraje de un tercero, quede menoscabado y padezca el derecho a la tutela judicial efectiva que la Constitución reconoce a todos”.

Con lo cual, queda planteado *ab initio* la tensión entre libertad y legalidad, eje de coordenadas en que se mueve toda pretensión de fundar el arbitraje sobre la Administración Pública.

Las Administraciones Públicas son personas jurídicas lo que supone tener que imputar a una organización un acto que, metafóricamente, será un acto de voluntad, de juicio, de deseo o de conocimiento⁵⁸⁹. Lo cual llevará a reconsiderar el fondo del enjuiciamiento arbitral para reconducir a un concepto formal la única posibilidad de lograr ofrecer un criterio unitario de lo que el arbitraje significa. De ahí la utilidad enorme de referir todo el fundamento del arbitraje a su consideración como equivalente jurisdiccional.

Ciertamente, la diferencia notable entre la ficción de la voluntad de la persona jurídica privada y la persona jurídica pública –como es claramente el caso de la Administración Pública⁵⁹⁰– se encuentra claramente en que aquellas organizaciones privadas, utilizan la ficción solamente de forma interna, intramuros, en su *intus* organizativo, si bien, ultimada esa ficción para construir aparentemente la voluntad, finalmente entran en el Derecho y en la sociedad y el mercado como entidades en las que la ley es un muro, un valladar, un freno (*Quod non est prohibitum, permissae intelliguntur*)⁵⁹¹.

Mientras, las Administraciones Públicas, tienen la doble carga legal de aceptar como toda persona jurídica la ficción interna de generar una voluntad de acuerdo con la Ley – al igual que las personas jurídico privadas– y, he aquí la gran diferencia, además tienen

⁵⁸⁹ G. Zanobini, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, cit, loc, cit. Es evidente que se utiliza la técnica de la ficción, dando por supuesto que la Administración tiene “voluntad, o juicio, o deseo o conoce”, una prosopopeya que supone una afectación de tales atributos a un complejo orgánico artificial.

⁵⁹⁰ E. García de Enterría Martínez–Carande “El concepto de personalidad jurídica en el Derecho público”, *Revista de Administración Pública*, nº 129, 1992, pp. 195–210. Es un trabajo seminal, formidablemente escrito, y combativo hasta el final con fuerte polémica con el profesor Alfredo Gallego Anabitarte.

⁵⁹¹ N. Pérez Serrano, *Las ficciones en el derecho constitucional*, Madrid, 1948. Se trata de su discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación; M. García Garrido, “Sobre los verdaderos límites de la ficción en derecho romano”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, tomo XXVII–XXVIII, Madrid, 1957–1958, pp. 305 a 342. A. Luna Serrano, *Las ficciones del derecho en el discurso de los juristas y en el sistema del ordenamiento* Discurs D’Ingrés de L’ acadèmic de Número IL·LM. SR. DR. Agustín Luna Serrano i Contestació de l’ acadèmic de número Ilmo. Sr. Dr. Ramon Badenes Gasset. 27 de gener de 2004. Barcelona mmiv. – Altés. L’, Hospitalet de Llobregat.

que seguir aceptando, ultimada que sea su voluntad, que su *Deus ex machina*, a su vez, de forma reduplicativa, es también la ley que las sigue durante todo el ciclo de su actividad, desde el principio hasta el final cuando concluye. De forma que, una vez producido su acto administrativo, éste, conformado por la ley en su origen, pasa a su vez a entrar en el mundo del Derecho sometido estrictamente al principio de legalidad también. Desde el origen hasta el final, la ley se impone pues en el caso de la Administración Pública.

La persona jurídica administrativa, *verbigratia* cualquiera de las Administraciones Públicas, está pues traspasada completamente por el principio de legalidad, por diferencia acusada con las personas jurídicas privadas que lo están en cuanto han de cumplir los requisitos legales, pero después, organizan su voluntad – que siempre remite a una base o un conglomerado de personas– para participar en el ámbito de los negocios jurídicos con expresión de una autonomía así formada.

Con lo cual tenemos el problema, el eterno dilema, que hace padecer a la doctrina administrativista a la hora de formular la posición de la Administración Pública frente a la Ley. Porque para la Administración Pública todo es Ley: antes, durante y después. Y a partir de ahí, es cómo se cuestionan las posibilidades del arbitraje en Derecho público.

Recordemos que, el propio García de Enterría *en passant*, dice, un tanto distraídamente dentro de su formidable discurso⁵⁹² que:

“Si la personalidad general del Estado no es sostenible en el Derecho público, fuera del orden jurídico internacional, en donde los diversos Estados se enfrentan y se relacionan entre sí como totalidades o globalidades hay que decir que el dogma de la personalidad jurídica cuadra perfectamente a una de las partes del Estado, a la Administración.”

[...]

La Administración es una organización instrumental cuya personificación no requiere mística alguna; actúa siempre ante el Derecho como un sujeto que emana actos, declaraciones, que se vincula con contratos, que responde con su patrimonio de los daños que causa, que es enteramente justiciable ante los Tribunales. Esta realidad está personalizada como veste última de su organización, con toda evidencia.”

Pero esa Tesis no se acomoda a los tiempos actuales en los que, despojado por completo de su soberanía, el Estado y sus Administraciones pasan a ser unos actores más, exactamente igual que un sujeto privado común. No solo en el ámbito del Derecho internacional privado sino también en el ámbito del Derecho Internacional Público donde se cuestiona incluso el principio de legalidad. Sometidos, con toda su soberanía en la espalda, al frente y al banquillo de cualquier parte en un proceso. Y ahí, desde luego, brilla con claridad, en el propio Estado que eventualmente se someta al arbitraje internacional, su personalidad jurídica⁵⁹³.

⁵⁹² *Ibid.*

⁵⁹³ López Guerra, entiende que no conviene reducir la personalidad exclusivamente a la Administración: “la concepción de la personalidad jurídica únicamente a la Administración refleja la convicción de la reducción del Estado a ella, dejando en una nebulosa jurídica a un Rey que, en el fondo, no se considera cosa del Estado sino de la sociedad”. La concepción del Rey como órgano del pueblo es difícil de aceptar, porque la relación Pueblo– Rey es de representación y no de organicidad. Y por lo que hace al papel del juez, se considera que su concepción como órgano del Derecho, es concebible en los países de “common law” pero no en el nuestro en que está plenamente sometido a la ley parlamentaria. De ahí concluye el autor que “la atribución de la personalidad jurídica al Estado vendría a eliminar estas dificultades teóricas a la hora de exponer académicamente la naturaleza y situación de entes no personificados, como la Corona, las Cortes o los Tribunales, mostrándoles como órganos de la persona jurídica estatal, que sería algo más que un mero complejo orgánico”. “Sobre la personalidad jurídica del Estado”. *Revista de Derecho Político de la UNED*. Tomo 6, (1980), p. 26 ss.

Y es, con toda claridad, hay que aceptar que el Estado adopta un supuesto de personalidad jurídica única, no solo para entrar en un acuerdo entre pares con otros Estados como sucede en Derecho Internacional Público, sino para sujetarse a la humilde posición en que le coloca un árbitro o un colegio arbitral, que no se va a arredrar en adoptar las medidas necesarias sobre dicho sujeto, quien en caso de condena, como sucede con alguna frecuencia (*ad casum* en el CIADI o en las reglas UNCITRAL), atenderá a esa parte como un sujeto con personalidad jurídica, aunque respondan al final sus Presupuestos Generales. Y todo el proceso arbitral, típico en el caso del arbitraje de inversiones, tendrá como referente a un actor con personalidad jurídica única, defendido por bufetes privados (o eventualmente por sus propios Letrados). Exactamente igual que un particular cualquiera, quien le demandará y actuará procesalmente con toda la intensidad que el proceso requiera.

No es un argumento menor. No es baladí. Porque difícilmente se puede sostener que exista una dualidad, una esquizotimia, entre las dos caras de la moneda estatal, una interna (sin personalidad jurídica) y otra externa (con personalidad jurídica) cuando en este último ámbito, dicho Estado actúa y se comporta como un sujeto privado, asumiendo las obligaciones, deberes y responsabilidades, también los derechos, poderes y facultades, que como arbitrado le corresponda y que también concurren en el ámbito interno. Y su voluntad, una vez entrado en el arbitraje internacional, no será simplemente la de una aplicación de la Ley interna, sino la que le corresponda en aplicación de ese Tratado *ce-teris paribus* con el sujeto privado que tenga enfrente. Y hay un hilo directo, un cordón umbilical preciso, entre la actuación *interna* previamente de ese Estado, a través de sus actuaciones propias, incluida las típicas de un poder soberano (leyes, reglamentos, actos administrativos, Sentencias, etc.) y su actuación *externa* cuando es juzgado precisamente por una defectuosa correlación entre su previa actuación doméstica y el Tratado que se le aplica.

Cuando se arbitra en cualquiera de estas Instituciones internacionales, hay que distinguir entre el arbitraje de inversiones, donde lo que se enjuicia es el impacto de su actuación interna; del arbitraje comercial donde una entidad estatal participa en el comercio internacional como un sujeto privado más. En el arbitraje de inversiones hay, pues, un engarce preciso y directo, entre la actuación doméstica y su aplicación externa.

Es la experiencia común y corriente de cualquier tribunal Arbitral en el orden de las inversiones, sea por un tratado bilateral, sea por un tratado multilateral o por un contrato amparado por una cláusula, paraguas (*umbrella clause*), examinar hasta el fondo lo que hizo ese Estado internamente y que ahora se le reclama externamente.

No hay ninguna transmutación mágica que sorprenda a partir de un momento traviéndose el Estado, con el manto de la personalidad jurídica en el ulterior arbitraje de Derecho internacional. El tribunal arbitral entrará a rasgar todas aquellas actuaciones estatales previas, las despiezará y con esos fragmentos y toda la distinta evolución de los poderes internos del Estado, generará un enjuiciamiento de la actuación global completa de ese sujeto dotado de personalidad jurídica. Y personalidad jurídica pública, lo que

Estas tesis fueron secundadas por López Rodó, "Personalidad jurídica del Estado en el Derecho español", *Revista de Derecho Político de la UNED*, Tomo 11. (1981), y L.M. Díez Picazo. *La autonomía administrativa de las Cámaras Parlamentarias*. Bolonia 1985. pp. 97 ss, Gallego Anabitarte. *Constitución y Personalidad Jurídica del Estado*, Madrid 1992. y, en línea más ecléctica, por J. Santamaría Pastor. "Sobre la personalidad jurídica del Estado", *Revista de Derecho Político de la UNED*. Tomo 6, (1980), p. 26 ss. *Vid.* las tesis de E. García de Enterría a propósito de este trabajo en "El concepto de personalidad jurídica en el Derecho público", *Revista de Administración Pública*. nº 129.

implica que esa cualificación no es el menor obstáculo para quedar sometido efectivamente a arbitraje. Misma consideración que debe adoptarse en el arbitraje interno.

Y en esa actuación, el árbitro mirará si mediaron razones de interés general que justifiquen la actuación del Estado como lo que pudo dañar eventualmente al demandante particular, Y el tribunal arbitral decidirá si el Estado debe indemnizar al particular; pero nunca podría modificar la legislación estatal.

El ingenio *Fiat justitia, et pereat mundus*, lema de Fernando I de Habsburgo, simplemente no tiene cabida, al menos leído e interpretado hoy. Pero cuando se examina a un Estado, se tienen en cuenta todas las importantes exigencias interpretativas que inevitablemente acompañan a un sujeto dotado de soberanía. Es un muy delicado equilibrio. De ahí la necesaria calidad, ponderación, experiencia, que han de reunir los árbitros encargados de dirimir tan complejas controversias.

No es pues solamente y sin más el interés general en abstracto y en sede doméstica el que ha de presidir la actuación del Estado, sino la globalidad de los intereses que están en juego y a los que debe atender y que sirven para definir, más objetivamente, el interés general que no puede ya ser el que en cada momento defina la fuerza dominante en el Parlamento o el Gobierno. No es la Ley solamente, creación del Estado, el único norte que le ha de guiar. El Estado puede cambiar la Ley, precisamente para atender al interés general doméstico según estime. Pero su actuación será juzgada en función de múltiples variables al amparo del Derecho internacional, entre las que la pretensión de entender el urgente interés general como causa justificativa y exoneradora de su actuación, dirigido directamente a eliminar o al menos a menoscabar sus compromisos previos, puede ser examinada por un tribunal arbitral.

Tendrá que ser un interés general aplicado normalmente, con demostración y prueba concreta de su existencia, sin desviación, atendiendo al fin normal y explicable de acción jurídica, sin incluir supuestos de utilización de sus poderes exorbitantes para obtener un beneficio a costa de un inversor. Ni cabe defraudar tampoco, sin más, la propia palabra del Estado, haciendo del disimulo la quimera en que se destruirán las expectativas legítimas de quienes hayan acudido a ese compromiso luego acabado en un fiasco.

Naturalmente, no significa cumplir los compromisos asociados a la “palabra” del Estado, hibernar y congelar la situación. Existen desde luego, evoluciones, previsibles algunas, que impedirán al inversor extranjero argumentar que tenía expectativas legítimas en que su inversión se mantuviera incólume en el tiempo. Al igual que existen circunstancias excepcionales, evidentemente siendo las más importantes las exógenas que pueden influir de forma decisiva en una situación dada, entonces imprevisible. Por ejemplo, factores medioambientales que, por múltiples causas, se entienda que hacen su aparición con posterioridad a la expresión del compromiso inicial del Estado, siempre que efectivamente sean graves, no se hubieran podido prever y, también, sin perjuicio de aplicar las fórmulas más apropiadas para que la lesión al inversor sea mínima. En definitiva, puede ocurrir que existan exigencias que hagan que la inicial posición del Estado pueda verse vencida por circunstancias sobrevenidas que impidan realizar el contenido del proyecto originario y que, en examen concreto y apegado a las circunstancias, los árbitros, con la flexibilidad que caracteriza la búsqueda de la verdad, tengan que atender.

Dicho de otro modo: la ley, el principio de legalidad, en un Estado de nuestros días, forma parte de su ensamblaje general, más misceláneo, caleidoscópico, sabiendo que la Ley no solamente es enjuiciada, como lo es por el Tribunal Constitucional, sino que tanto en el ámbito de la Unión Europea (donde se sancionan incluso las omisiones legislativas) como, sin más, en el tráfico internacional, donde responde por todas sus actuaciones, su

personalidad jurídica única, le obliga a atender a otros factores que no son exclusivamente los propios de la legalidad interna. Westfalia está terminada a estos efectos. Naturalmente sin perjuicio de las inmunidades, de la doctrina de acto del Estado y demás privilegios que han de acompañar tal enjuiciamiento.

No es solamente esa sujeción a la Ley, sino a las elementales exigencias del tráfico privado lo que determinará cómo ha de actuar el Estado por haber aceptado previamente en el correspondiente tratado/contrato el tipo de conducta que luego se enjuicia. Y es que la propia legalidad interna, en el ámbito de las inversiones, va a ser examinada por los árbitros desde la perspectiva externa de su conformidad con el correspondiente tratado internacional y conforme al derecho internacional. Se comprenderá que se enjuicia y muy flexiblemente lo que es un Estado y su comportamiento, y a su vez, dicho Estado pasa a ser examinado en su coherencia con lo que el pertinente tratado disponga, atendiendo fundamentalmente al fin y al espíritu de dicho tratado.

No se trata de que sea un acto concreto el que pasa a ser objeto de enjuiciamiento. Puede que ese aspecto puntual esté justificado y ante un tribunal arbitral internacional logre éxito al demostrar que se trataba de una modificación ineludible, previsible, en definitiva, actuando en esas circunstancias concretas. Es más bien la conducta del Estado, la desviación de los fundamentos mismos de su actuación, la que acabará normalmente eliminando el arbitraje internacional. Lo hará, eventualmente, con ocasión de un movimiento concreto como pueda ser una ley, una expropiación⁵⁹⁴ o medida equivalente; en fin, cualquier evento contrario a la actuación esperada legalmente y previsible por el inversor. Pero al final lo que se examina es su conducta, ya que esa actuación concreta responde a una actitud bien clara de lesionar una inversión (normalmente) que confiaba en esa conducta manifestada de múltiples formas.

B) Personalidad jurídica del Estado y personalidad jurídica de la Administración

Y ello, depende con toda claridad, de una persona jurídica concreta, que en el caso ha de ser el Estado. Nos parece pues que no cabe negar personalidad jurídica al propio Estado ni a sus Administraciones Públicas, sin que ello suponga hegelianismo alguno, como critica García de Enterría a los que defienden esa personalidad jurídica del Estado⁵⁹⁵. Es

⁵⁹⁴ Notemos que el propio concepto de expropiación, distinto desde luego de la pura confiscación, no opera sin embargo cuando existen elementos que constituyen términos equivalentes a lo que internamente denominamos en Derecho administrativo, el riesgo imprevisible, y desde luego, la fuerza mayor. Lo cual tiene importancia ya que existen bienes públicos, en sentido económico, como el medio ambiente, que desde luego se está alzando como un elemento compensatorio del sentido clásico de la expropiación superando aquellos supuestos tradicionales.” Abordando la cuestión de la expropiación indirecta —esto es, simplícidamente, la que no implica transferencia del título de propiedad—, el Modelo del Instituto canadiense afirma que «las medidas regulatorias *bona fide* y no discriminatorias tomadas por una Parte que están diseñadas y aplicadas para proteger o mejorar objetivos legítimos de bienestar público, tales como la salud pública, la seguridad y el medioambiente, no constituyen una expropiación indirecta bajo este artículo”. http://www.iisd.org/pdf/2005/investment_model_int_handbook_es.pdf. Vid. K. Fach Gómez. “Construyendo...”, *loc. cit.*, p. 14.

⁵⁹⁵ *Ibidem* Y ello sin entrar en el complejo mundo de la Organización Mundial de Comercio, que de por sí ilustraría también sobre nuevas limitaciones a los Estados, aunque más en el ámbito público que privado, o en las condenas por corrupción que alcanzan a actuaciones privadas de países terceros, como demuestra por ejemplo la *Foreign Corruption Practices Act* de Estados Unidos, la *Bribery Act* británica con la *Joint Money Laundering Intelligence Taskforce (JMLIT)* en que los sujetos privados, pero también los Gobiernos, pueden ser alcanzados por una actuación. E. García de Enterría. “El concepto de personalidad jurídica en el Derecho público”, *Revista de Administración Pública*, nº 129, 1992, pp. 195–210, donde insiste en su

más, el Estado podrá asumir en el plano internacional la responsabilidad derivada de la actuación de un organismo que dependa del Estado y que afecte a una inversión extranjera.

Hoy, en un mundo globalizado, es innegable que el Estado tiene, también en sus actuaciones más típicas una personalidad única, que se comunica desde *ad intra* hacia *ad extra* y que no admite esquizotimia alguna. Es su conducta interna, doméstica, la que luego se ha de juzgar externamente por vicias (o no) el Derecho Internacional. Aunque no podemos olvidar el impacto que tendrá la actuación externa del Estado al promover inversiones en su territorio al amparo de una legislación que luego modifica.

Y esa actuación, sin solución de continuidad, nos sitúa ante un sujeto con una personalidad homogénea y tan robusta que puede ganar o perder en un juicio eminentemente privado exactamente igual que cualquier otro sujeto de derecho. Y al hacerlo, no le bastará basar su defensa en el cumplimiento con el principio de legalidad interno y mucho menos indicar que atiende al interés general, sino que la ley y el interés general se enfrentarán a los intereses del demandante afectado. Y ahí, interés y Derecho, coinciden. Porque no puede haber interés general en contra de un tratado que garantizaba, por ejemplo, dispensar un trato justo y equitativo a las inversiones extranjeras. Sería ir contra sus propios actos si pudiera signar un tratado y a continuación corromperlo por contravenir disposiciones internas. O lo que sería peor: intentar obtener un beneficio de su mal hacer (*stoppel*).

El interés general se sitúa también en las disposiciones del Tratado. Entre otras cosas porque es un Tratado que favorece la inversión en el Estado. También garantiza que el resto de los Estados serán sometidos a tribunales arbitrales de manera que las multinacionales domésticas se expandirán con mayor facilidad en el extranjero, lo que también se encuadra en el interés general estatal. Otra cosa será el examen que de las necesidades evolutivas de ese Estado realicen los árbitros internacionales.

Así, enrocarse en el principio de legalidad y en el correspondiente interés general no cabe en el Derecho contemporáneo, la internacionalización es hoy parte de la actividad cotidiana del Estado, sin que quepa tan fácilmente, distinguir entre una esfera interna y una esfera externa. Hay una comunicación permanente, y de lo que se hace internamente se responde externamente, sin solución alguna de continuidad⁵⁹⁶.

En resolución pues, el arbitraje carece de determinación constitucional, ya que el texto CE no se refiere a él, como tampoco lo hace la Ley de arbitraje a la Constitución (salvo la mención lógica del título competencial con el cual se dicta esa ley en la Disposición Adicional Segunda). Es pues una creación del legislador ordinario. Lo cual supone que la reserva de jurisdicción, tanto como monopolio jurisdiccional como competencia estatal,

conocida tesis sobre la naturaleza estatutaria del Derecho administrativo y la necesidad de reconducir por entero el concepto de personalidad jurídica en el ámbito doméstico del Derecho público a la Administración Pública. *Vid.* L. López Guerra, entiende que no conviene reducir la personalidad exclusivamente a la Administración: “la concepción de la personalidad jurídica únicamente a la Administración refleja la convicción de la reducción del Estado a ella, dejando en una nebulosa jurídica a un Rey que, en el fondo, no se considera cosa del Estado sino de la sociedad, en “Sobre la personalidad jurídica del Estado”, *Revista de Derecho Político de la UNED*, t. 6, 1980, p. 26 ss. Estas tesis fueron secundadas por L. López Rodó, “Personalidad jurídica del Estado en el Derecho español”, *Revista de Derecho Político de la UNED*, Tomo 11. (1981). L.M. Díez Picazo, *La autonomía administrativa de las Cámaras Parlamentarias*. Bolonia 1985. pp. 97 ss; A. Gallego Anabitarte *Constitución y Personalidad Jurídica del Estado*, Madrid 1992. J.A. Santamaría Pastor, “La personalidad jurídica de las Cortes Generales”, *Revista de Derecho Político de la UNED*, 1981, pp. 7 ss.

⁵⁹⁶ J.C. Fernández Rozas, *Sistema de derecho económico internacional*, Civitas, Madrid, 2010, quien desde el comienzo mismo de la obra da cuenta de esta nueva realidad de alcance, literalmente, mundial.

se atribuye en nuestro Derecho al legislador ordinario, siendo pues *relativa* la reserva jurisdiccional establecida en el texto constitucional, ya que puede completarse por obra del legislador ordinario.

En todo caso, volviendo a la definición del poder para determinar lo que el arbitraje supone, la reserva de Ley para emitir una disposición que permita el arbitraje viene recogida en el art. 149.1.6 CE, que dispone que será de competencia exclusiva estatal dictar leyes en materia procesal (salvo las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas) y el apartado 5º del citado precepto establece la exclusividad del Estado en materia de Administración de Justicia.

Queda vedado que una Comunidad Autónoma promulgue normas sobre arbitraje. No obstante, sí se permite que dicten otras fórmulas emparentadas como la conciliación o la transacción como así refrendó el Tribunal Constitucional al analizar la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña que llevó a cabo la Generalitat en el año 2006, y frente a la cual se pronunció sobre esta posibilidad de la siguiente forma:

“... por su parte, el art. 106.2 EAC no incluye necesariamente entre «los instrumentos y procedimientos de mediación y conciliación en la resolución de conflictos» aquellos que, como el arbitraje, comportan un equivalente jurisdiccional o constituyen un presupuesto procesal para el ejercicio de la jurisdicción, de manera que, así entendidos, referidos a fórmulas de autocomposición extrajudicial, como la conciliación o la composición, aquellos instrumentos y procedimientos no merecen objeción alguna en su confrontación con el art. 149.1.5 y 6 CE.”⁵⁹⁷.

En efecto, se determinó que la conciliación y la transacción no abordan el ámbito de la Administración de Justicia y en cuanto a la legislación procesal, siempre que la transacción y la conciliación versen sobre materias de competencia autonómica, no se transgrede la esfera de exclusividad estatal, con lo que se determinó que la Generalidad de Cataluña podía establecer los instrumentos y procedimientos de mediación y conciliación en la resolución de los conflictos que se originaran en materias de su competencia⁵⁹⁸.

He aquí otra buena argumentación para distinguir el arbitraje de otras figuras próximas. Si bien, como hemos indicado, en el caso de las fórmulas alternativas de solución conflictual en relación con las Administraciones Públicas, hay que examinar todo el conjunto con el fin de hacerse cabal idea de lo que supone para éstas comenzar el camino de atender a estos instrumentos.

En resolución pues, el arbitraje es un instituto de naturaleza procesal a efectos de considerar que el Estado es competente para su formulación. El verdadero fundamento es su consideración como equivalente jurisdiccional. El interés general y la reserva de jurisdicción no son obstáculos para su aceptación completa y el Tribunal Constitucional así lo ha indicado.

Las Comunidades Autónomas, carecen de competencias en la materia, ya que, resueltamente, tiene naturaleza procesal *ex art.* 149.1.6 CE. Pero éstas sí pueden facilitar su formulación apostando todos los medios técnicos y materiales, formales y logísticos, para su correcta implantación y desarrollo. Y desde luego, pueden promover que los organismos públicos de competencia autonómica accedan y acepten el arbitraje. Por tanto, son necesarias para abrir las puertas del arbitraje. Así, en las materias en las que resultan competentes las Comunidades Autónomas, serán éstas y los entes locales quienes

⁵⁹⁷ Pero notemos bien que una cosa es apelar a la mediación y otra bien diferente, imponerla como presupuesto procesal, lo cual, como sabemos, es inconstitucional. STC nº 54/2018.

⁵⁹⁸ STC nº 31/2010 de 28 junio de 2010.

dispongan –por esa habilitación legal permitida por el Estado– si un determinado contrato –bien mediante convenio arbitral propio, bien mediante inclusión en los pliegos– se somete a arbitraje. Y siempre, claro está, que sea materia de libre disposición.

En efecto, podría suceder que en éste como en tantos otros campos, la legislación autonómica sea el puente que permita cruzar el difícil curso del rechazo tradicional de la Administración hacia el arbitraje.

La experiencia conseguida por las Comunidades Autónomas en determinados ámbitos aledaños a la Justicia (medios y recursos humanos y materiales de la Oficina Judicial) da pie a entender que existe la posibilidad de utilizar técnicas que permitan incorporar el Arbitraje en aquello que de manera precisa y directa no forme parte de la Administración sujeta a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo. Aún más, se haría necesario explorar las posibilidades de que en sus respectivas leyes de organización (leyes sobre régimen jurídico de la respectiva Administración) en las que suele figurar el arbitraje dentro del esquema general de sustitución de recursos, desarrollaran estos preceptos con el fin de lograr incorporar el arbitraje como fórmula más normalizada. Es una posibilidad que hoy se mantiene en el limbo de las opciones teóricas pero que con el apoyo en la legislación actual, permitiría su implantación progresiva.

Nada obsta esta opción. Y tendría el efecto reflejo de animar estas posibilidades en el ámbito estatal. Difícil realmente, dada la cultura imperante de utilización del contencioso administrativo tradicional. Pero que la opción existe, es legal, y perfectamente utilizable, resulta a mi juicio, indiscutible.

V. Jurisdicción y arbitraje

1. *A propósito de la celeridad*

La administración de la justicia está, en principio, reservada a los órganos judiciales predeterminados por Ley. No obstante, la reserva de jurisdicción no se encuentra enfrentada con el arbitraje. Las fórmulas alternativas de resolución de conflictos, entre las que se encuentra el arbitraje, son, simplemente, opciones distintas que el legislador concede a los ciudadanos para resolver sus diferencias con la Administración Pública. En ocasiones se ha visto como una forma elitista de resolver disputas que afectan a conflictos internacionales o a grandes empresas.

Sin embargo, la urgencia y la celeridad que estipula la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, al establecer que un arbitraje no podrá durar más de seis meses prorrogables salvo pacto en contrario por otros dos meses, sí es una característica esencial que incumbe al ciudadano que pretende ver resuelta su controversia en el momento en el que ésta le afecta (y en un plazo razonable). No pueden existir hiatos por los que se precipite el proceso arbitral, ni paradas no justificadas con motivación suficiente. La celeridad, virtud procesal por la que existe una dinámica adecuada, es parte sobrentendida del arbitraje.

La celeridad implica que la resolución del conflicto comience en el momento en el que la disputa surge. Es decir, un demandante presenta una solicitud de arbitraje en el momento en el que un conflicto le afecta. Y es en ese instante, y no otro, cuando quiere que comience a solventarse su disputa. Aunque se podría argumentar que en la jurisdicción ordinaria también se presenta una demanda en el momento en el que una de las partes lo decide, es muy habitual que los trámites procesales lleven meses antes del inicio del juicio, e incluso que cuando se turne el expediente ya haya transcurrido un lapso de tiempo considerable⁵⁹⁹. Por tanto, la jurisdicción ordinaria no se caracteriza por su resolución, sino por un complejo proceso rituario por el que circulan las partes.

No resulta ocioso señalar que el arbitraje sería un camino llano que las partes van trazando, mientras que la jurisdicción ordinaria, sobre todo en el ámbito contencioso, es, en ocasiones, una carrera de obstáculos. Si bien el mayor problema reside en la ejecución de las Sentencias, lo que no soluciona el arbitraje, aunque al realizarse la ejecución ante el Juez de Primera Instancia “civil” son Jueces más acostumbrados a la ejecución inmediata de las resoluciones (tanto arbitrales como judiciales).

La celeridad se configura por los parámetros normativos temporales que determinan un período máximo para resolver un procedimiento y el tiempo en el que este queda firme. En el arbitraje se cumple, en primer lugar, por la ausencia de apelación. Contra el laudo que se emita en el plazo máximo de ocho meses (salvo que las partes dispongan otra cosa) no va a caber recurso alguno (salvo que, de nuevo, así lo pacten las partes). Es entonces cuando las partes han preferido una demora temporal a optar por una decisión inmediata.

A pesar de que la apelación en el ámbito del arbitraje es extraña, ha sido demandada por las partes que acuden al arbitraje⁶⁰⁰, razón que ha desembocado en la inclusión de

⁵⁹⁹ *Vid.* la crítica ya indicada sobre que en determinados supuestos (inquilinato concretamente) se cuestiona si el arbitraje es más rápido que el proceso judicial habitual.

⁶⁰⁰ Visión ofrecida en el Congreso “Avances y novedades en materia de arbitraje”, celebrado en conmemoración del 25 aniversario de CIMA del 5 al 7 de octubre de 2014. Continúa hoy esa exigencia, de una

esta figura en algunos reglamentos. Aun así, habría que observar si las partes han pactado que la apelación pueda tener lugar por motivos de fondo o exclusivamente de forma como prevé, *ad exemplum*, el art. 52 del Reglamento de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA).

La pregunta que surge espontáneamente consiste en saber qué ocurriría si desde que un administrado presenta su primer escrito en la vía previa ante la Administración y concluye en Sentencia judicial, siquiera en la primera instancia, transcurrieran solamente ocho meses. No cabe la menor duda de que la Administración podría verse impelida a unas cotas de eficacia, eficiencia, y atención al administrado que hoy son absolutamente desconocidas.

Y aunque en principio las controversias judiciales no deberían exceder de dos años en primera instancia y de uno en segunda o en fase extraordinaria para que no se produzca la caducidad de la instancia recogida en el art. 237 LEC, lo cierto es que en la práctica en raras ocasiones se pone en marcha la operatividad de dicho mecanismo, que además exige que no se produzca actividad procesal alguna. Con las innumerables diligencias y otras notificaciones menores que se suceden, se frena la imposición de plazos taxativos para resolver una controversia judicial.

En resolución, pues, existen ventajas asociadas al arbitraje que lo hacen más atractivo y socialmente beneficioso para el administrado, por lo que el impulso a este proceso, camina de la mano de una solución más cercana a los postulados de una justicia más cercana.

2. A propósito de la confidencialidad

Es innegable que una de las principales ventajas que presenta el arbitraje es la confidencialidad⁶⁰¹, lo que beneficia en principio únicamente a las grandes corporaciones, siendo ésta una de las principales críticas al arbitraje. Máxime cuando participen personas jurídico públicas por intervenir a cargo a las arcas públicas.

En efecto, aunque la confidencialidad se constituye como una ventaja para todos los participantes del arbitraje, en los litigios que enfrenten a un particular con la Administración o con otro particular, la confidencialidad no conforma el elemento decisivo para que el particular opte por el arbitraje en detrimento de la jurisdicción ordinaria (remitimos a

parte de los expertos, junto con la posibilidad de establecer tribunales permanentes de arbitraje, o semipermanentes. Vid una reflexión en Y. Castillo Meneses. “Búsqueda de reformas para el arbitraje inversionista – Estado”, *CIAR Global*. 31 de agosto de 2018. La autora expone las críticas habituales al arbitraje de inversiones – carencia de un mecanismo de apelación, impredecibilidad de las decisiones, nominación de los árbitros por las partes y sus implicaciones en la imparcialidad e independencia de su ejercicio y, el incremento de la duración de los procedimientos y sus excesivos costos –, concluyendo en la necesidad de debatir sobre esas dos propuestas – apelación y corte permanente– si bien, hay que adelantar ya, que con la apelación se alargan los procesos y con un tribunal permanente, desde luego, se da un paso de aproximación a la justicia ordinaria, situada hasta ahora en las antípodas del arbitraje tal como lo conocemos. Pero no descartemos las críticas, tal como la endogamia arbitral y desde luego, aunque luego no sea cierta completamente, la influencia inevitable en el hecho de la designación por una de las partes. Y eso se está reflejando ya en las propuestas que se realizan en los nuevos tratados de la UE, con otras regiones y potencias económicas mundiales (Canadá, Japón, Singapur...), lo que nos llevará a insistir en su momento sobre estas nuevas aproximaciones al arbitraje inversor internacional.

⁶⁰¹ Aunque ya sabemos que es un asunto en discusión. *Vid.* anteriormente. La eterna cuestión en los arbitrajes de inversiones, en que un resultado adverso recae sobre el esfuerzo fiscal de los contribuyentes, es un tema recurrente en orden a la apertura de estos arbitrajes y el primado de la transparencia.

lo que ya hemos indicado sobre el particular). Incluso si un particular actúa ante la jurisdicción ordinaria, sería extraño que se difundiera su litigio –dependerá de la repercusión del caso–. Aunque no cabe duda de que en según qué ocasiones, puede ser rentable acudir a un arbitraje exclusivamente por esta razón; pero si una de las partes accionara la nulidad del laudo ante la jurisdicción ordinaria, desaparecería la confidencialidad.

Por tanto, ese rasgo atañe, en principio, a grandes conflictos y a empresas que pueden ver afectada su cotización en los mercados por una eventual disputa. Respecto de la Administración Pública, podría ponerse en cuestión la necesidad e incluso legalidad de la confidencialidad, dada la enorme extensión de la Ley de Transparencia y de los instrumentos informáticos para acceder a ella, máxime apoyada por el derecho de información (Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno). Y, sin embargo, no nos parece un obstáculo insalvable. Así, por de pronto, en el ámbito internacional, donde el Estado en el arbitraje de inversiones o comercial se somete a importantes decisiones, muchos laudos son perfectamente asequibles, sin que los *arcana Princeps* sufran, al menos no más que cuando el arbitraje es estrictamente privado. Pero es que hay más razones, ligadas al principio de transparencia de los poderes públicos que imponen, que obliga con toda claridad a que los ciudadanos, que son al final quienes con sus impuestos que tributan al Estado y a sus Administraciones, tienen que sostener tales laudos si son desfavorables (y que democráticamente tienen derecho asimismo en caso de triunfo del Estado como modo de controlar con la opinión pública a sus servidores públicos) tenga conocimiento de cómo han sido defendidos, de cuánto les ha costado y qué expectativas tienen de ese desempeño de sus Administraciones.

VI. Proliferación del arbitraje administrativo

1. Arbitrajes y pseudoarbitrajes administrativos con forma arbitral y alma administrativa

La regulación de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, en su versión corregida en el año 2011 (en adelante, LA), no regula de forma concreta la existencia del arbitraje en el campo del sector público. No obstante, esta resulta de aplicación a los arbitrajes administrativos que no se comprendan en otras normas (arbitrajes especiales) debido a que la LA opera con carácter subsidiario en todos aquellos arbitrajes que no se regulen por otras normas⁶⁰². La única excepción sería el arbitraje laboral, que sí se encuentra excluido expresamente y que no es propiamente arbitraje.

Como anticipábamos, los arbitrajes administrativos han proliferado en el campo de sectores regulados y especialmente sensibles como telecomunicaciones, o defensa de la competencia. Una de las características determinantes para considerarlo arbitraje es que los laudos adquieran la condición de cosa juzgada, sin posibilidad de revisión ante la jurisdicción ordinaria salvo por los motivos de anulación del laudo establecidos para los arbitrajes ordinarios, serán también considerados arbitrajes. El resto, a pesar de que la doctrina constitucionalista aún no lo afirme, no son arbitrajes.

Sí existen pseudoarbitrajes en los que, un tanto disimuladamente, la Administración utiliza el *nomen iuris* de arbitraje para traspasar bajo esa denominación lo que propiamente no son arbitrajes, sino técnicas de solución que en no pocas ocasiones constituyen solamente una sustitución de los recursos administrativos y, en otras ocasiones, parecen querer dar la apariencia de solución arbitral de conflictos entre Administraciones Públicas, cuando en realidad se trata de solventar un conflicto de atribuciones endógeno al aparato administrativo central.

En orden al primer aspecto y dentro de estos arbitrajes impartidos por las Administraciones públicas, existe un supuesto general, el arbitraje de consumo, puesto que en prácticamente todos los sectores, existen remisiones a la consideración del administrado en cuanto consumidor. En efecto, con carácter horizontal, el ciudadano siempre que se encuentra con un sector, regulado o no, tiene un conjunto de derechos que apelan al final a su dignidad como usuario, por lo que toca ese ámbito en cualquier ramo de la Administración.

Luego, además, existen sectorialmente supuestos específicos de arbitrajes concretos impartidos por la Administración. Tienen importancia los supuestos de telecomunicaciones, defensa de la competencia, deporte, ya que son ámbitos en los que, con la mayor incidencia del legislador, se ha querido poner en pie un ámbito de actuación concreto con utilización en los frecuentes conflictos de la institución arbitral, por su fiabilidad y prestigio.

Y nos resulta muy útil el examen realizado de la jurisprudencia constitucional, puesto que la Administración precisa de un fundamento exacto con el que entrar en este mundo del arbitraje.

Mundo que le era extraño, tanto por rechazo expreso a ser arbitrada –provocando un “efecto reflejo” de hostilidad al arbitraje que se trasladaba igualmente a la posibilidad de

⁶⁰² Ya comentado con anterioridad a partir del propio artículo primero de la Ley.

que fuera ella quien utilizara cabalmente el instituto arbitral— como por tener que adoptar y adaptar su organización y potestades a un ámbito presidido por la flexibilidad y apego a las circunstancias concretas que chocaba directamente con la mentalidad establecida de considerar a la Administración como un ente de poder dentro del Ejecutivo y que por ende solamente podría —y solamente sabría— actuar con imperio. Transformar el acto administrativo ejecutivo fruto de un procedimiento regularizado y canalizado, implicaba conducir toda la actividad administrativa por un conducto legal y reglamentario que desembocaba en una decisión ejecutoria, con límites preestablecidos y respuestas ya consagradas.

Exactamente en las antípodas del arbitraje, donde impera esa aproximación al caso concreto y en que con respeto a los principios elementales de solución de toda controversia, sin someterse estrictamente a precedentes, se atiende a una manera bien distinta de resolver la cuestión. Desde el *petitum* hasta la actividad probatoria, son diferentes entre uno y otro orden. De ahí que cuando se ha demostrado, como vamos a comprobar, que en no pocas ocasiones conviene a la propia Administración realizar una aproximación a la solución de los asuntos que no puede simplemente resolver con los habituales recursos administrativos, la consolidada técnica arbitral ayuda en la solución.

2. Sustitución del recurso de alzada y potestativo de revisión

Vamos a referirnos a supuestos que en realidad son alternativas de formación compuesta a los recursos administrativos, en especial la apelación a un denominado “arbitraje procedimental”. Y, sin embargo, determinadas leyes administrativas han querido utilizar el término arbitraje habida cuenta del prestigio asociado a esta institución, aun sabedoras de que se están refiriendo a pseudoarbitrajes, nunca a arbitrajes en sentido estricto.

El art. 107.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo (en adelante, Ley 30/1992) expone la posibilidad de que las leyes sustituyan el recurso de alzada o de reposición por un arbitraje. La Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común dispuso que se desarrollara un proyecto de Ley para regular estos “arbitrajes”. Más de veinte años después continúa sin desarrollarse:

“Disposición adicional segunda. En el plazo de dieciocho meses, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales el proyecto o proyectos de ley que resulten necesarios para regular los procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje sustitutivos de los recursos de alzada y de reposición.”

En la actualidad se encuentra regulado en el art. 112.2 Ley 39/2015 sustitutivo del anterior. En el caso del recurso de reposición deberá mantener su condición potestativa, aunque adopte algunas de las anteriores fórmulas. El citado precepto se refiere a la inclusión de fórmulas compuestas semejantes al arbitraje institucional y a otras muchas figuras emparentadas con el arbitraje, tales como: otros procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación o mediación⁶⁰³.

⁶⁰³ “2. Las leyes podrán sustituir el recurso de alzada, en supuestos o ámbitos sectoriales determinados, y cuando la especificidad de la materia así lo justifique, por otros procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje, ante órganos colegiados o Comisiones específicas no

Se ha discutido la naturaleza jurídica de estos arbitrajes y la posibilidad de que se tratara de un arbitraje en sentido estricto que permitiera la admisión de este tipo de fórmulas para discutir asuntos ante la Administración. Sin embargo, basta observar que este “arbitraje” se ha configurado exclusivamente como un medio sustitutivo del recurso de alzada; en consecuencia, una vez resuelto mediante laudo, cabrá recurso contencioso-administrativo contra la resolución *in totum*; esto es: cabe revisión del fondo del asunto y no mera acción de anulación. A mayor abundamiento, el art. 112.2 establece que deben respetarse los principios, garantías y plazos que la presente Ley reconoce a las personas y a los interesados en todo procedimiento administrativo. De forma que se limita también la flexibilidad que caracteriza al arbitraje y se impone un límite a la configuración de estos métodos alternativos de impugnación: el respeto a los plazos establecidos en la Ley 39/2015.

Con estas pautas, únicamente cabe admitir que se trata de un pseudoarbitraje administrativo endógeno que supone una medida alternativa a los recursos administrativos; pero no de un verdadero arbitraje entendido como equivalente jurisdiccional, por mucho que la decisión revista forma de laudo.

Aquí no se trata de dirimir un conflicto o controversia entre dos particulares, sino que lo que se pretende resolver es una reclamación típica de un administrado frente a la Administración, sólo que, en vez de acudir a la tradicional vía del recurso habitual de alzada y reposición, este artículo permite que las leyes, en atención a la especialidad de la materia, utilicen esta fórmula de sustitución del recurso jerárquico, apelando a órganos independientes y expertos.

Se limita, pues, a poner fin a la vía administrativa (Art. 114.b Ley 39/2015); abriéndose a continuación la posibilidad de impugnar el laudo ante la jurisdicción contenciosa. Con lo cual, queda dicho que ese “arbitraje”, arroja un carácter mixto: pasivo para la Administración recurrida, pero activo-resolutorio para la Administración juzgadora, puesto que aquélla se encuentra con la decisión y ésta es la que la adopta; recordemos que el art. 112.2º avanza señalando que los procedimientos alternativos se sustanciarán “*ante órganos colegiados o comisiones específicas*” que examinarán con detalle, dada la colegialidad, la actividad de la Administración examinada.

En realidad, pues, se trataría de resoluciones provisionales más autorizadas de lo habitual; pero que no resuelven definitivamente al no tener la última palabra sobre el particular. Y, decididamente, puede recurrirse esa decisión arbitral, ya que, aunque como indica Trayter⁶⁰⁴, tiene algo de fraude acudir a un arbitraje y luego desconocerlo incluso en cuanto al fondo, nada dice en contra ni la Ley 30/1992 (hoy Ley 39/2015) ni la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Así, la Sentencia de 22 de marzo de 1991 dictada por el Pleno del Tribunal Constitucional, declaraba la inconstitucionalidad de varios artículos contenidos en diferentes normas debido a que autorizaban recurrir el laudo arbitral tanto en la forma como en el fondo. Pero no olvidemos que, a diferencia del supuesto resuelto en la Sentencia del TC, aquí no nos encontramos en vía convencional sino procedimental. No olvidemos tampoco que además del arbitraje, y sin preferencia alguna por éste, el numeral 112.2 de la Ley 39/2015 se

sometidas a instrucciones jerárquicas, con respeto a los principios, garantías y plazos que la presente Ley reconoce a las personas y a los interesados en todo procedimiento administrativo.

En las mismas condiciones, el recurso de reposición podrá ser sustituido por los procedimientos a que se refiere el párrafo anterior, respetando su carácter potestativo para el interesado.

La aplicación de estos procedimientos en el ámbito de la Administración Local no podrá suponer el desconocimiento de las facultades resolutorias reconocidas a los órganos representativos electos establecidos por la Ley”.

⁶⁰⁴ *Loc. cit.*

refiere a otras muchas figuras más o menos análogas y las decisiones que se adopten serán igualmente recurribles.

La posibilidad de recurso la habilita el propio art. 114 b) de la misma Ley, que se limita a decir que estos procedimientos del art. 112.2 ponen fin a la vía administrativa (que es precisamente el requisito para luego poder impugnar en la vía contenciosa).

Se nos hubiera antojado más adecuado que en esta reciente reforma se hubiera establecido que el resultado de esa decisión arbitral no pudiera combatirse en cuanto al fondo, y solamente pudiera impugnarse por los clásicos supuestos formales contenidos en el art. 41 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (en adelante “LA”), lo que sería más útil para aliviar el sistema judicial, favorecer al administrado y configurar este arbitraje como un auténtico sustituto del recurso administrativo. Lo que dotaría a dichos procedimientos de la eficacia real que ahora se les niega.

El problema es que muchos autores consideran que, si se trata de un sistema de impugnación alternativo al recurso ordinario tradicional, la imposibilidad de revisarlo ante la vía contenciosa quebraría los principios que dieron vida al Derecho administrativo. Es ahí precisamente donde germina el problema de la naturaleza de estos (pseudo)arbitrajes: el legislador únicamente ha permitido que el arbitraje tenga cabida como sustituto del recurso ordinario (fase administrativa) y no de la jurisdicción—contenciosa (fase judicial).

A mayor abundamiento al instaurarse *ope legis* el arbitraje que sustituye a los recursos tradicionales, este será obligatorio para el administrado, de forma que no podría ser nunca un arbitraje en sentido estricto ante la prohibición del Tribunal Constitucional de los arbitrajes obligatorios. De forma que se trata de un simple mecanismo sustitutivo del recurso de alzada que opera mediante reserva de ley y por eso cabe sustitución forzosa.

Otra traba que se presupone es la necesidad de someter esos pseudoarbitrajes ante órganos colegiados o comisiones específicas. Es cierto que el art. 112.2 insiste en que no deben ser jerarquizados (con lo cual se mantiene la imparcialidad del órgano); pero la alusión a comisiones específicas hace pensar que sea un órgano administrativo el que resuelva este arbitraje; lo que encaja con el hecho de que sea un arbitraje sustitutivo de un recurso de alzada y no de un arbitraje genuino. Los efectos por tanto de la decisión del órgano o comisión serán los mismos que los de un recurso de alzada, revisables, insistimos por la jurisdicción contenciosa—administrativa.

El órgano administrativo que se configure como “tribunal arbitral” decisor, debe cumplir con varias pautas: en primer lugar, no puede tratarse de un órgano vinculado al sujeto pasivo administrativo que asuma la posición de demandado, esto es, al organismo público contendiente, puesto que entonces podría objetarse la parcialidad del órgano decisor.

En definitiva, que se trata de un pseudoarbitraje desnaturalizado. El “laudo” que se dicte podrá ser revisado por la jurisdicción contenciosa tanto en la forma como en el fondo y los efectos que despliegue únicamente serán absolutos en caso de ausencia de recurso contencioso—administrativo. La naturaleza “no arbitral de estos arbitrajes”, podrían hacer pensar que las Comunidades Autónomas tuvieran la potestad de desarrollar estos arbitrajes sin injerencias al no resultar óbice la competencia exclusiva estatal en materia de legislación procesal del art. 149.1.6 CE. Sin embargo, al resultar materia de procedimiento administrativo común, indispensable para garantizar la unidad del sistema, resulta infranqueable para las Comunidades Autónomas la competencia exclusiva estatal del art. 149.1.18 CE.

3. El denominado “arbitraje institucional”: un supuesto endógeno de solución de límites de competencias y atribuciones interna corporis en las Administraciones

La Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la LA, contiene desde luego aspectos de reforma importantes y de interés, conteniendo una peculiar –y en realidad no arbitral– fórmula de composición de intereses organizativos de la Administración Pública, que conviene excluir desde el principio de la idea misma de arbitraje.

En efecto, siguiendo esta línea endógena vista en el anterior epígrafe, se creó un, así llamado, “arbitraje institucional”, mediante la Disposición adicional única de la citada Ley, por la que se resuelven las controversias jurídicas en la Administración General del Estado y sus organismos públicos. A juicio de Merino Merchán, al que nos sumamos, no es en modo alguno un supuesto de arbitraje, sino de organización interna administrativa. Son sistemas “intestinos” que actúan *interna corporis* en el seno de las Administraciones para resolver atribuciones y competencias; pero en modo alguno constituye ningún supuesto de arbitraje por mucho que se incluyan en la LA 2003.

Ya hemos indicado que la solución del año 2011, quedó estancada sin que se haya avanzado especialmente desde entonces.

Un dato singular y que marcó la propia denominación de la Ley, fue la reforma operada por la Ley 11/2011. Se rotuló “Reforma de la Ley 60/2003, de Arbitraje y regulación del Arbitraje Institucional en la Administración General del Estado.

Decía a propósito la Exposición de Motivos que se regulaba un cauce procedimental para resolver los conflictos entre la Administración General del Estado y sus entes instrumentales:

“Es de reseñar la importancia de la disposición adicional única de esta Ley, en la que se regula un cauce procedimental de carácter ordinario e institucional para resolver los conflictos internos entre la Administración General del Estado y sus Entes instrumentales, superando los actuales mecanismos de facto, ajenos al rigor jurídico y a la objetividad que son imprescindibles en una organización que, por imperativo constitucional, ha de estar regida por el Derecho y actuar al servicio de los intereses generales bajo la dirección del Gobierno. La indudable naturaleza jurídico pública de las relaciones de organización en el seno de la Administración hacen imprescindible un procedimiento ordinario de resolución de conflictos como el que ahora se configura, más allá de soluciones meramente parciales como pueden ser las ofrecidas por una determinada línea jurisprudencial que ha venido negando a los organismos autónomos legitimación para impugnar los actos de la Administración matriz; línea que hoy encuentra una confirmación legal en el art. 20.c) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Se entiende que esos conflictos deben ser resueltos por el Gobierno por lo que al efecto se crea una Comisión Delegada cuya presidencia se otorga al Ministro de la Presidencia, en su función coordinadora de la Administración General del Estado, siendo miembros natos el Ministro de Economía y Hacienda y el Ministro de Justicia. Asimismo, la secretaría se encarga al Ministerio de Justicia en atención a sus funciones y a la adscripción de los Servicios Jurídicos del Estado”.

Indicaba el texto de dicha disposición:

“Disposición Adicional única. Controversias jurídicas en la Administración General del Estado y sus organismos públicos. 1. Las controversias jurídicas relevantes que se susciten entre la Administración General del Estado y cualquiera de los organismos públicos regulados en el título III y la disposición adicional novena de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado, o las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social u otras entidades de Derecho público reguladas por su legislación específica que se determinen

reglamentariamente, o entre dos o más de estos Entes, se resolverán por el procedimiento previsto en este precepto, sin que pueda acudir a la vía administrativa ni jurisdiccional para resolver estas controversias.

Este procedimiento será, asimismo, aplicable a las controversias jurídicas que se susciten entre las sociedades mercantiles estatales y las fundaciones del sector público estatal con su Ministerio de tutela, la Dirección General de Patrimonio o los organismos o entidades públicas que ostenten la totalidad del capital social o dotación de aquellas, salvo que se establezcan mecanismos internos de resolución de controversias.

2. A los efectos de esta disposición, se entenderán por controversias jurídicas relevantes aquellas que, con independencia de su cuantía generen o puedan generar un elevado número de reclamaciones, que tengan una cuantía económica de al menos 300.000 euros o que, a juicio de una de las partes, sea de esencial relevancia para el interés público.

3. Planteada una controversia, las partes enfrentadas la pondrán, de forma inmediata, en conocimiento de la Comisión Delegada del Gobierno para la Resolución de Controversias Administrativas. Dicha Comisión estará presidida por el Ministro de la Presidencia y tendrán la consideración de vocales natos el Ministro de Economía y Hacienda y el Ministro de Justicia, correspondiendo también a éste designar dentro de su ámbito al órgano que ejerza la secretaría de la Comisión. Se integrarán en la Comisión el Ministro o Ministros de los Departamentos afectados por la controversia, en los términos que se determine reglamentariamente.

4. Dicha Comisión Delegada recabará los informes técnicos y jurídicos que estime necesarios para el mejor conocimiento de la cuestión debatida. Por la secretaría de dicha Comisión se elaborarán las propuestas de decisión oportunas.

5. La Comisión Delegada del Gobierno para la Resolución de Controversias Administrativas dictará resolución estableciendo de forma vinculante para las partes las medidas que cada una de ellas deberá adoptar para solucionar el conflicto o controversia planteados. La resolución de la Comisión Delegada no será recurrible ante los Tribunales de Justicia por las partes en conflicto.

6. Este procedimiento de resolución de controversias no se aplicará:

a) A cuestiones de naturaleza penal, pero sí a las relativas al ejercicio de las acciones civiles derivadas de delitos o faltas.

b) A cuestiones de responsabilidad contable que sean competencia del Tribunal de Cuentas, sujetas a la legislación específica reguladora de éste.

c) A conflictos de atribuciones entre distintos órganos de una misma Administración pública, que se regularán por sus disposiciones específicas.

d) A las cuestiones derivadas de las actuaciones de control efectuadas por la Intervención General de la Administración del Estado, reguladas con carácter específico en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, y demás normas de desarrollo de las mismas”.

El resultado de esta disposición ha sido ínfimo. De un lado, en 2013, (RD 385/2013, se modifica la composición de las Comisiones Delegadas del Gobierno, mediante el citado reglamento de 31 de mayo⁶⁰⁵ con lo cual la citada Comisión Delegada pierde su existencia como tal Comisión con perfil propio. De otro lado, la LOFAGE (Ley 6/1997, de 14 de abril) base de tal propuesta, fue derogada por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, con lo cual esta interesante propuesta feneció antes de dar sus primeros resultados. Esto se confirma con el cambio de Gobierno, (Real Decreto 354/2018, de 1 de junio, por el que se nombra Presidente del Gobierno a don Pedro Sánchez Pérez-Castejón) ya que el Real Decreto 694/2018, de 29 de junio, por el que se modifica el Real Decreto 1886/2011, de 30 de diciembre, por el que se establecen las Comisiones Delegadas del Gobierno tampoco contempla la citada Comisión Delegada.

⁶⁰⁵ BOE del 1 de junio.

Quizás deberían haber sido más rotundas y clarificadoras las disposiciones derogatorias y haber explicado en Exposición de Motivos por qué decae, y qué soluciones se ofrecen como alternativas a las disputas interadministrativas que se solucionaban, teóricamente, en forma de arbitraje.

En todo caso, hay que señalar con rigor que en modo alguno nos encontramos con una institución arbitral, y que la utilización del término arbitraje es, simplemente, una apariencia nominal. Nada ha cambiado. Sigue siendo una decisión administrativa sin ningún otro tipo de aditivos propios de un cambio. Todo sigue igual.

La fuerza y el prestigio que alcanzó la institución arbitral permitió proyectarla en institutos y situaciones que propiamente no eran en modo alguno un supuesto de arbitraje, pero que como fácilmente puede comprobarse, no responde sino a un sistema compuesto interadministrativo que busca soluciones dentro de la propia Administración con el fin de delimitar competencias de forma más organizada y buscando la racionalidad administrativa y presupuestaria que necesita una moderna Administración.

No es ésta la solución arbitral imaginada, pero sí un camino interesante de combinar el principio constitucional de coordinación (art. 103.1 CE). Éste es el verdadero principio que fluye en toda esta importante disposición. Una nueva manera de cooperar internamente de forma que la coordinación sea una fórmula de gestión colectiva en que se adopte una solución que puede acabar pasando por negociación y consenso, fórmulas alejadas de la tradicional jerarquía y verticalidad propia de la Administración tradicional.

No deja de sorprender que se afirme enfáticamente que no podrá acudir a la vía administrativa ni jurisdiccional para resolver estas controversias. No deja de ser un exceso de formalismo ya que, de entrada, era discutible anteriormente que los organismos públicos pudieran acudir a esa “vía administrativa”.

La jurisprudencia no admitía ese conflicto interno o endógeno, dada la personalidad jurídica única de la Administración y en su caso, las relaciones de supremacía (una forma de jerarquía indirecta) entre la AGE y el resto de sus organizaciones diferenciadas. Y en cuanto a los conflictos entre dos o más de estos entes, es correcto que intenten acudir a esta fórmula, si es que tiene éxito. Pero desde luego, lo que no cabe es plantear que siempre y en todo caso, una vez que por las razones que sea fracase este mecanismo, no puedan acudir a los Tribunales de Justicia, ya que eso sería absolutamente contrario a la tutela judicial efectiva que también protege a las personas jurídicas, cualquiera que sea su naturaleza.

Cabe añadir que se impide la vía administrativa tradicional, pero esta formulación no deja de ser una instancia administrativa; una “segunda” vía administrativa que también se formula con carácter específico dentro del Derecho administrativo. Dicho de otra forma, si en una futura modificación de la legislación administrativa, sucede que la vía administrativa que se escoge es distinta de la tradicional fundada en la autotutela y posterior recurso de alzada y/o reposición, no por eso dejaría de ser “vía administrativa”. Distinta, pero vía administrativa, al fin y al cabo.

Todo son mecanismos internos de solución de controversias, los supuestos de conflictos de atribuciones externos o interadministrativos que siempre existen en toda gran organización como es la AGE.

Basta comparar esta idea con lo que el arbitraje nos enseña a lo largo de más de doscientos años, desde la Constitución gaditana de 1812 y toda la evolución posterior que ya hemos analizado, para entender con toda claridad que no existe ninguna posibilidad de entender que la resolución de atribuciones en el seno de la galaxia administrativa, suponga

un fenómeno jurídico comparable al arbitraje. Seguimos, por así decir, en vía administrativa.

Notemos que se refiere inclusive a las relaciones entre el “*Ministerio de tutela*”, la Dirección General de Patrimonio y las sociedades mercantiles y las fundaciones públicas. Algo absolutamente incorporado a la vida administrativa, a su círculo ordinario de gestión. Y por si fuera poco, se añade que se utilizará esta vía... “*salvo que se establezcan mecanismos internos de resolución de controversias*”, lo que constituye un supuesto sustitutorio que análogamente serviría para solucionar ese conflicto de atribuciones, explicando con claridad la verdadera naturaleza de lo que este precepto “arbitral” parece querer decir.

Y lo que quiere significar, con toda evidencia, es que estamos en presencia de una pura técnica administrativa, con un intento de alejamiento de la vía puramente jerárquica, aunque la supremacía del “*indirizzo*” político es la que realmente acaba resolviendo estos problemas.

Finalmente, todo se confía a una Comisión Delegada del Gobierno, cuyo establecimiento y composición dependerá en definitiva de cada organización gubernamental en un momento determinado. Parece pues que su estabilidad dependerá de la organización gubernamental en cualquier momento, si bien contar con una Ley específica obligaría a generar una modificación legislativa para alterarla o suprimirla. Es decir, frente a la organización gubernamental erigida ordinariamente por Real Decreto del propio Presidente del Gobierno, que es como se actualiza normalmente la planta organizativa del equipo que coordina el Presidente del Gobierno, la existencia de un parámetro legal de creación de esta específica Comisión Delegada, supone una protección que le da mayor permanencia. Si bien su actualización dependerá en definitiva de la voluntad de ponerla efectivamente en marcha.

4. Posición de las Administraciones Públicas como árbitro

Cuando se ha otorgado a las Administraciones, la potestad de resolver un arbitraje se ha comprobado en la jurisprudencia que se ha podido aplicar la Ley de Arbitraje sin excesivos problemas, bien que con matizaciones derivadas de su inserción en el aparato administrativo y que han sido perfectamente entendidos por la jurisprudencia. Los jueces, tanto de lo Civil como de lo Contencioso, inteligentemente han aceptado con plenitud que lo que desenvuelve la Administración como árbitro es, con toda exactitud, arbitraje.

El hallazgo no es menor y costó conflictos que fueron llevados a una y otra jurisdicción pero que finalmente han sido resueltos con sagacidad y acierto. Las Administraciones, pues, pueden arbitrar. Otra cosa será la existencia de pseudoarbitrajes, de los cuales han existido diferentes tipos.

Algunos, quizás con la ingenuidad que exige el romanticismo político, procedentes de homenaje a la historia, como el caso de los Arrendamientos Rústicos Históricos, en los que propiamente no puede hablarse de arbitraje, pese a la utilización de este nombre. Responde a una actitud pronta del legislador que, en línea de continuidad con la evolución, ha querido conservar como cumplido hecho a la tradición legitimista que ofrecía aquel origen en la República, un intento cuajado de reconocimientos que en el fondo se agotan en sí mismos por el puro paso del tiempo y que no han tenido mayor importancia por el uso, quizás indebido, de la denominación de arbitraje.

Cae asimismo en esta crítica suave y comprensiva el denominado Arbitraje para Discapacitados, en realidad una forma de lograr aprestar a las quejas y reclamaciones en un sector tan sensible y necesitado de apoyo, el prestigio de la institución arbitral.

No cabe hacer una crítica más enérgica en estos supuestos.

Varía por completo el caso de una utilización indebida absolutamente de la técnica arbitral cuando conscientemente la usa el Legislador para pasar de contrabando como arbitraje lo que es un simple sustituto de técnicas criticadas y obsoletas, como son los recursos administrativos o el extraño supuesto de un pretendido arbitraje entre instituciones inédito e incorporado en la Ley 11/2011.

De ahí que la redacción suponga, en definitiva, una mejora interna de la conflictividad *interna corporis* de la Administración, sin que de la misma se desprenda en absoluto que estamos en presencia de arbitraje. El *nomen iuris* de arbitraje se está utilizando de manera improcedente. Un uso indebido del concepto, ya que como sabemos bien y se ha demostrado en la primera parte de este trabajo, resulta que el arbitraje responde a fundamentos absolutamente distintos de los que está utilizando el legislador en estos casos de un supuesto “arbitraje administrativo entre Administraciones”. Aún más: la inclusión en la Ley de Arbitraje es un exceso y debió incluirse en otro lugar, posiblemente en una parte de la legislación administrativa. Parecida crítica habría que hacer a la Disposición adicional única. Controversias jurídicas en la Administración General del Estado y sus organismos públicos.

Como puede verse, el prestigio del término “arbitraje” concita múltiples referencias y es un vector que hay que advertir se utiliza con cierta ligereza conceptual en esta legislación administrativa. No es baladí la aportación de este criterio de atribución a las Administraciones de la técnica arbitral. Tanto directa como indirectamente, aportan numerosas ventajas.

Frente a la solución tradicional de adoptar una acción concretada en un acto administrativo adornado con sus cualidades de presunción de validez, ejecutividad y ejecutoriedad, que de forma imperiosa se impone verticalmente, apenas habiendo atendido a las razones y argumentos del particular ya que ella misma decide y si se le recurre, ella misma resuelve, las exigencias de neutralidad, objetividad e imparcialidad del arbitraje configura una manera independiente de resolver los conflictos. Una manera en la que la Administración ha de estar muchísimo más atenta y diligente, sensible, a los argumentos de las partes.

Transforma su manera de resolver y la percepción misma de lo que es un conflicto. Sin merma de autoridad, con una *auctoritas* añadida que bien puede inspirar al quehacer normal de resolver en las situaciones en las que exista simplemente un administrado con una pretensión. Porque en el actual sistema, endogámico, es la propia Administración autora del acto la que resuelve frente al recurso interpuesto, con las consecuentes desventajas para el administrado. Y es que no se puede ser decisor y supervisor al mismo tiempo. Hay una línea de continuidad entre la decisión y la resolución del recurso.

Y de lograrse una mayor abundancia de supuestos en los que la Administración actúe como árbitro, al mismo tiempo, como en un curso de aprendizaje, puede permitir que la Administración cambie, que modifique su actuación. Quizás sustituyendo, a imitación de lo que sucede en el arbitraje, la solución de un recurso en forma vertical y unilateral, por un sistema de colegiación independiente, al modo de los Tribunales Económico-Administrativos, que, aunque pueden perder fuelle en determinadas épocas, también han realizado aportaciones de interés. No sería menor pues el efecto imitación que la imagen del

arbitraje podría ofrecer a la Administración. Un criterio de independencia e imparcialidad que buena falta le hace a la Administración.

Por otro lado, y apoyándonos en la propia jurisprudencia, hay que decir que la ajustada solución que se ha dado por la Administración en los arbitrajes que ha realizado, confirma que han sabido atender al desafío que les retaba, logrando unos niveles y criterios realmente aceptables. De ahí que haya que concluir que es altamente recomendable que, sobre todo en sectores regulados, pero no sólo, esta manera de ir resolviendo y acercándose a la realidad sea muy aceptable y demuestra que debidamente inspirada por la legislación, los funcionarios son perfectamente capaces de atender a las exigencias de nuestro tiempo.

CAPÍTULO VI
ARBITRAJES ADMINISTRATIVOS SECTORIALES (I):
ARBITRAJE EN SECTORES REGULADOS

I. Arbitraje en el sector de las telecomunicaciones

1. Controversias suscitadas en el sector

La evolución de las tecnologías y el reciente aumento de su uso entre los ciudadanos, ha motivado que se promulgue una panoplia de normas para tratar de regular el sector conocido como “sociedad de la información”. Internet, telefonía, nuevos medios de comunicación, en definitiva, la nueva tecnología, se encuentra instaurada en el día a día de los ciudadanos y avanza a un ritmo más rápido que el de las normas dictadas para su regulación. De tal forma que resulta imprescindible adaptar estas normas en períodos relativamente cortos para que la regulación normativa no quede obsoleta frente al avance de las nuevas tecnologías y sirva verdaderamente como marco en el que las empresas y los usuarios puedan moverse en el plano de la seguridad jurídica). El crecimiento económico de un país, recordemos, está íntimamente ligado a la innovación en el campo de la sociedad de la información según pregonaba la OCDE.

Las empresas dedicadas a la sociedad de la información son, por lo general, grandes corporaciones, mientras que sus clientes potenciales son ciudadanos de todas las clases, razón que conlleva a que las disputas entre ambos se caractericen por una desigualdad que se ha subsanado al encuadrarse esta materia dentro del ámbito del consumo. Y, como consecuencia de lo anterior, se han establecido procedimientos ágiles de resolución de conflictos que evitan acudir a la jurisdicción ordinaria de forma preceptiva para lograr resarcirse de los perjuicios que se hayan podido causar a los usuarios de la sociedad de la información.

El sector de las telecomunicaciones, además, se ha revelado en los últimos tiempos como uno de los ámbitos donde mayor número de reclamaciones surgen por parte de los usuarios. El aumento de las facturas, la publicidad engañosa y la dificultad de darse de baja de los operadores son simples ejemplos de un inmenso número de actuaciones que hasta hace escaso tiempo carecían de la oportuna regulación. Y, por lo general, la escasa cuantía de las reclamaciones provocaba que muchas de las infracciones quedaran sin resolverse, asumiendo los usuarios el coste correspondiente. Claramente no todos los agentes de la sociedad de la información son idénticos. Por un lado, están los operadores y por otros los usuarios finales. Al encontrarse estos últimos en una situación de desventaja frente a los primeros, se equilibra la balanza mediante la “obligatoriedad” de someterse a arbitraje a los operadores de redes siempre que sean denunciados. Esta sujeción parecería inconstitucional teniendo en cuenta los precedentes del arbitraje de transportes. Sin embargo, sólo quedarán sometidas a estos arbitrajes las entidades que previamente hubieran prestado su conformidad de adherirse al Sistema Arbitral de Consumo por lo que existe un consentimiento – aunque forzoso– previo.

El juego combinado de la Ley General de Telecomunicaciones Ley 9/2014, de 9 de mayo; la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia; la propia Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia; la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre; finalmente la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, configuran un panorama rico pero complejo.

Vamos a encontrarnos con dos tipos distintos de medios alternativos de solución de conflictos.

i) Se darán los conflictos entre operadores por razones de la interconexión o del acceso de terceros a la red. Se tratará de conflictos resueltos en sede administrativa, a través de una resolución administrativa, que será ejecutiva, y que en su caso, podrá ser recurrida ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

ii) Hará su aparición el arbitraje propiamente dicho, sometido a la ley de arbitraje, y que supone la aplicación de la teoría ya estudiada de que nos encontramos ante un equivalente jurisdiccional, con efectos típicos de cosa juzgada y solamente anulable por las causas tasadas y concretas de la ley de arbitraje. Es un supuesto típico de arbitraje realizado por la Administración Pública, que como vamos a ver en la jurisprudencia, no dejó de estar envuelto en polémica, quizás por su novedad. Porfía ésta que cursaba con aspectos propios, como, el problema de si se pueden nombrar los árbitros unilateralmente por el propio órgano que decide (hoy la CNMC, ayer la CMT), si no existe contradicción entre el dato de que el órgano decisor resuelve precisamente sobre un acto del propio organismo al que pertenece si ha existido un pronunciamiento previo que es parte del objeto de la controversia o si puede ocurrir que ese arbitraje no sea propiamente voluntario sino, como veremos en algún caso, “*quasi obligatorio*” por no poder elegir propiamente una parte someterse a él, ni siquiera fijar quien será la institución arbitral (así lo veremos en un importante caso en que el Consejo de Ministros autoriza una concentración económica pero con condiciones, y una de las condiciones es, justamente, someterse a arbitraje por parte de la administración institucional que designa el propio Gobierno)

Hay pues que distinguir decididamente, con nitidez, entre lo que es el arbitraje propio de la ley de arbitraje y la resolución de conflictos entre operadoras, que (lo vamos a ver en la dicción de la Exposición de Motivos de la propia Ley 9/2014) constituyen dos técnicas quizás emparentadas, pero desde luego, distintas. Evitar esa confusión, procedente quizás de la evolución histórica, es parte de la explicación que hay que aportar.

2. Etapas reguladoras

La historia reciente del sector de las telecomunicaciones comienza con la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones, sigue en la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, continúa a través de Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones y, de momento, culmina en la Ley General de Telecomunicaciones Ley 9/2014, de 9 de mayo.

En menos de treinta años, cuatro Leyes, cuatro normativas, cuatro panoramas, impulsados desde luego por la Comunidad Económica Europea, Unión Europea después, que desde la visión de un mercado interior de la Unión Europea, que establece un mercado interior más enérgico inclusive que el añejo “mercado común”, exige que este sector, realmente impulsor de mejoras y eficiencias de todo tipo, pase a servir a los consumidores y empresas en términos de competencia, eficiencia y comunicación efectiva. La flexibilidad, concurrencia, transparencia y publicidad, se imponen paulatinamente hasta hacer de este sector una punta de lanza de la liberación económica regulada, que es, con toda exactitud, la fórmula apropiada para definir esta industria.

Estas homónimas legislaciones han ido situando y resituando la solución de conflictos entre operadoras, además de tener siempre presente al consumidor final. Pronto se realizó el gran giro histórico en un sector en que operaba con indudable naturalidad el monopolio.

Todavía en la Ley de 1987, se aceptaba el monopolio de los entonces denominados “Servicios finales de telecomunicación” fijados en el art. 13.1º y 13.2º de dicho texto legal (servicios de telecomunicación que proporcionan la capacidad completa para la comunicación entre usuarios, incluidas las funciones del equipo terminal, y que generalmente requieren elementos de conmutación. Forman parte de estos servicios, inicialmente, los siguientes: Telefónico urbano, interurbano e internacional; telefónico móvil automático; telefónico móvil marítimo o aeronáutico de correspondencia pública; telegramas; télex; teletex; móvil marítimo radiotelegráfico; telefax; burofax; datafax; videotex, y videotelefónico. 2. Los servicios finales de telecomunicación se prestan en régimen de monopolio al público en general, a los titulares de servicios de telecomunicación que no tengan el carácter de públicos y a los explotadores de servicios de valor añadido en los términos que reglamentariamente se determinen). Al constituir monopolio, no habría posibilidades de conflicto, evidentemente.

Todo lo más se creó el Consejo Asesor de Telecomunicaciones, no previéndose entre sus funciones realizar cometido alguno equilibrador de posturas, ni función arbitral, ni formal ni material. No se preveía el conflicto entre operadores, ya que la determinación de tales situaciones quedaba excluida al establecerse una relación vertical entre la Administración y cada operador. Se apuntaba, eso sí, a la competencia, la cual ya tenía desde 1989 un Tribunal apto y apropiado para actuar en consonancia con las exigencias de concurrencia, previstas en las normas comunitarias⁶⁰⁶.

Esta ley que todavía acepta los efectos del viejo “monopolio natural” en que consistían las operadoras dominantes, ya tuvo en cuenta el “Libro verde sobre el desarrollo del Mercado Común de los Servicios y Equipos de Telecomunicaciones” de 1987 que marcaba el inicio de una tendencia de liberalización dentro de un contexto de lógicas dificultades con el operador dominante. El operador se resistió en lo que pudo y llegó a un claro desencuentro con el Tribunal de Defensa de la Competencia, que en su conocido informe “Remedios políticos que pueden favorecerla libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios” que se iniciaba con una conocida cita de Cabarrús⁶⁰⁷, dedicó las páginas 68 a 125 a combatir las tesis de la operadora dominante, dentro de un contexto de

⁶⁰⁶ Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la competencia, que implantó un orden adecuado a la, entonces, Comunidad Económica Europea, derogando la Ley 110/1963, de 20 de julio, de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia que fue impuesta al régimen de Franco por los norteamericanos como condición para asentar las bases, pero que una vez establecido, no dictó ni una sola resolución. *Vid.* R. Tammes, *La lucha contra los monopolios*, Madrid, Rivadeneyra, 1961.

⁶⁰⁷ “¿Quien creyera, señores, que la libertad de comercio, tiene todavía acérrimos contrarios? Los unos, que, aunque conozcan sus ventajas, interesados en el monopolio, no miran más interés en el Estado que el suyo, y acostumbrados por una larga posesión a participar, sin mérito y sin trabajo, el lucro inmenso que produce a las corporaciones de que son miembros una mala legislación, miran como injusto y enemigo, al que desea hacer comunes los conductos de riqueza estancados hasta entonces en sus manos. Los otros, son aquellos hombres, al parecer mal organizados, que se puede decir han renunciado formalmente al derecho de pensar; cuya alma; cuyo entendimiento, bien analizados, no son más que el producto de los errores, fábulas y caprichos, de que se imbuyó su niñez, que proscriben una verdad por nueva y adoptan un error por antiguo. En fin, aquellos hombres que sin meditar, sin calcular, sin conocer, juzgan únicamente de las cosas por sus fechas. Estas son las dos especies de contrarios que tiene que combatir la libertad, quiero decir: el interés de pocos y la ignorancia de muchos.”

F. Cabarrús, “Discurso sobre la libertad de Comercio concedida por S.M. a la América Meridional”, 1778.

liberalización y privatización, entonces imprescindible dado que el Estado poseía en esa época parte de su accionariado.

Estas discordias, porque en tales momentos, siendo realistas, sería difícil decir quien tenía más poder, si el operador o el órgano administrativo, se traducían en encuentros fallidos y decepcionantes que obligaron a adoptar remedios de todas clases para conseguir eclipsar primero y abatir después, el monopolio estatal, en una curiosa lucha “Estado contra Estado”.

La captura del regulador fue total en una época y costó varios desencuentros vencer a la empresa pública, convertirla en privada y finalmente sujetarla, dentro de lo que es posible, al derecho de la competencia, y con él, a la aparición de distintos operadores competidores.

Ello fue lo que determinó sucesivas adaptaciones de la Ley de 1987, como se recordó en la Exposición de Motivos de la Ley de 1998, bien por medio de modificaciones expresas de ésta, a través de las alteraciones producidas por la Ley 32/1992, de 3 de diciembre, o por la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, o bien como consecuencia de la aprobación de leyes sectoriales que establecieron un régimen jurídico distinto para determinados ámbitos concretos, como la Ley 37/1995, de 12 de diciembre, de Telecomunicaciones por Satélite, o la Ley 42/1995, de 22 de diciembre, de Telecomunicaciones por Cable). Cada una de estas leyes – fijémonos en el rango de la norma – representa un episodio de aquél combate.

Tomemos nota que la aparición de varios operadores y en consecuencia de los conflictos entre ellos, es consecuencia directa de la aplicación del derecho de la Competencia.

La situación era realmente urgente, ya que una vez puesto en marcha el proceso de liberalización, se generaba de inmediato la aparición de varios operadores, con sus exigencias, que podrían cursar, bien en casos específicos de conflicto de interconexión o de accesos en una resolución administrativa o en su caso, directamente en el arbitraje.

3. Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

La urgencia se demostró con la promulgación del Real Decreto–Ley 6/1996 de 7 de junio, que abordó la creación de la CMT y que permitió la elaboración de un detallado reglamento mediante la promulgación del Real Decreto 1994/1996 de 6 de septiembre en que el arbitraje ocupó un lugar de importancia.

Veamos pues el Reglamento, que será útil cuando abordemos la jurisprudencia que, como vamos a comprobar, aplica con claridad el arbitraje de la ley homónima configurando con claridad este arbitraje realizado por un órgano de la Administración Pública con aplicación exquisita de la Ley de Arbitraje. Una vez más la utilidad de haber realizado un análisis completo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, nos sitúa en el punto de comienzo del análisis sobre este instituto. Y veremos que son muchas las peculiaridades, pero siempre resueltas desde la posición de encontrarnos ante un equivalente jurisdiccional.

Reglamento éste que constituye una clara muestra de que efectivamente existe todo un reconocimiento de que la Administración puede arbitrar. Y nótese que, al mismo tiempo, supone que es el Estado, a través del ejercicio de la potestad reglamentaria, el que determina las reglas del arbitraje, el que establece el cauce, indisponible para las partes, de cómo se administra este instituto en el caso concreto del sector de las telecomunicaciones.

Este reglamento tuvo como fecha de entrada en vigor: 26/09/1996 y como fecha de derogación: 01/09/2013, siendo sustituido por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto

En la propia Exposición de Motivos del reglamento, se hace referencia expresa a que sigue las pautas de la ley de arbitraje (entonces la Ley 36/1988, de 5 de diciembre).

Indica así: “Sección 2.ª De la Función Arbitral

Luego para regular el Arbitraje de la Comisión siguen doce artículos completos que establecen el procedimiento y alcance de esta función.

Básicamente indican:

i) La CMT arbitra entre operadores de redes y entre servicios de telecomunicaciones (esta última definición de aquella época sobre determinadas unidades de prestación de algunos tipos de servicios del sector).

ii) Sería voluntario entre las partes acudir al arbitraje

iii) Cabría aceptar el arbitraje por sumisión individual mediante documento escrito en que unilateralmente se contenga la declaración expresa de que el operador se somete al arbitraje de la Comisión y de que acepta el laudo mediante el que aquélla dirima, con arreglo a este Reglamento, las controversias que puedan suscitarse con otros operadores de redes y servicios.

iv) Cabría asimismo la Sumisión al arbitraje por convenio de los interesados. Se hará por convenio escrito de los operadores, que podrá concertarse como cláusula de un contrato principal, podrán aquéllos, aunque no hayan presentado el documento a que se refiere el artículo anterior, someter al arbitraje de la Comisión las cuestiones litigiosas surgidas o que puedan surgir entre ellos. El acuerdo será válido y obligatorio para las partes si consta la voluntad inequívoca de éstas de someter determinadas cuestiones al arbitraje de la Comisión y de aceptar su laudo, y en él concurren los requisitos necesarios para la validez de un contrato.

v) Recusación de los miembros de la Comisión. Es un tema importante, porque una cosa será recusar a los miembros por las causas habituales de la legislación de procedimiento (amistad íntima, enemistad manifiesta, tener interés en el asunto...) y otra bien distinta será intentar recusar a la propia Comisión (veremos en la jurisprudencia que se ha intentado reiteradamente) lo que no se contempla, ni por tanto se admite. Si a la CMT se le pide un informe, ello no será obstáculo –lo veremos en resoluciones judiciales– para que ésta pueda arbitrar. Finalmente, indica el Reglamento que la recusación se haría en los términos establecidos por los arts. 17.2º y 3º, y 18 de la Ley de Arbitraje, “salvo en lo relativo a la sustitución de los árbitros, que no será posible” (art. 10) (lo que implica sencillamente que se eliminaría a ese árbitro y el resto continuaría su misión).

vi) Los principios esenciales son los de audiencia, contradicción e igualdad, y será indisponible para las partes. Principios absolutamente fundamentales tanto en el procedimiento administrativo como en la propia legislación de arbitraje, con el añadido de la indisponibilidad, que supone que éste es el cauce y la determinación de las reglas del arbitraje, de forma que las partes en este caso de arbitraje administrativo, no pueden modificar ni alterar los términos reglamentarios; algo así, como las reglas de la administración institucional.

vii) A efectos de representación y defensa, se indica que las partes podrán actuar por sí mismas o por medio de representante con poder bastante; podrán también actuar asistidas de abogado en ejercicio. Téngase en cuenta la novedad ya que en aquellos momentos estaba

en vigor la ley 30/1992 de Procedimiento Administrativo que admitía simplemente la representación (art. 32), pero no contemplaba la obligación de actuación con abogado como medio de defensa ya que en el procedimiento se suponía que no tenía que ser de defensa estricta (aunque en la práctica, cuando se actuaba por representación era habitual que el poder se otorgara a letrados).

viii) La Iniciación del arbitraje se haría muy elementalmente mediante escrito con las circunstancias personales, el contenido de la reclamación y proposición de pruebas (que se proponen y practican en los términos habituales), y la Contestación seguiría *contrarius actus* esos mismos trámites. La contestación puede incluir la Oposición al arbitraje. En este supuesto, la oposición al arbitraje por falta de competencia objetiva de la Comisión, inexistencia de sumisión al arbitraje o nulidad o caducidad del convenio arbitral deberá formularse en el momento de presentar la contestación a la reclamación. Si la Comisión estimare la oposición planteada quedará expedito el acceso a los órganos jurisdiccionales para la solución de la cuestión litigiosa sin que quepa recurso contra la decisión de la Comisión. La decisión desestimatoria podrá ser impugnada, en su caso, al solicitarse la anulación judicial del laudo.

ix) Nótese cómo se trata en un reglamento administrativo de calificar estrictamente como laudo y remitir a las causas de anulación del mismo, estas actuaciones, confirmando que nos encontramos ante arbitraje en sentido estricto. En todo caso, la falta de competencia objetiva de la Comisión podrá ser apreciada de oficio por ésta, aunque no hubiese sido invocada por las partes, algo propio y típico del instituto arbitral en aplicación del principio *Kompetenz-Kompetenz*.

x) Finalmente caben conclusiones, escritas o con vista (de oficio o a petición de las partes) y dictado del Laudo (así *nominatim* en el reglamento). Con toda precisión, indica el art. 17 del reglamento que el laudo, se dictará por escrito y expresará las circunstancias de las partes, las cuestiones sometidas al arbitraje, una sumaria relación de las pruebas practicadas y las alegaciones formuladas, será motivado con una descripción de los hechos y Fundamentos de Derecho en que se sustente la decisión arbitral.

No podrá dictarse el laudo arbitral sin la conformidad de, al menos, cuatro de los miembros que constituyen la Comisión. El laudo será firmado por éstos y se presumirá la conformidad con la decisión arbitral de quienes no lo firmen si no hacen constar por escrito su parecer discrepante, es decir, cabe voto particular. Y el laudo se notificará por cualquier medio, algo flexible pues y muy práctico y útil.

Este arbitraje, por diferencia acusada también con los habitualmente practicados, será gratuito y solo se gestionará el cobro de las pruebas a quien las haya propuesto e incurra en costos que hay que recuperar para el erario público. Y las pruebas comunes se satisfarán por partes iguales.

En este mismo reglamento, tempranamente pues, se distinguía perfectamente, entre el arbitraje y la solución de conflictos de interconexión y acceso de terceros.

Así como el primero, voluntario, era una técnica de incorporación del arbitraje en el seno de las Administraciones, una peculiar incorporación en el intus organizativo de un cuerpo, como el arbitraje, hasta entonces extraño, el reglamento incorpora también técnicas que, solventando conflictos, incluso materialmente con concomitancias con el arbitraje, sin embargo, respondían a técnicas distintas de éste. Técnicas mucho más habituales, en las que, en el seno de una reclamación de una parte, aparece otra distinta, y la Administración resuelve conforme a derecho al examinar las exigencias de los diferentes recurrentes. En

realidad, es un caso de sustitución de los viejos recursos de alzada y reposición por estas reclamaciones más novedosas y especializadas.

Se trata pues de dos instituciones y técnicas distintas, que conviene no confundir, algo que incluso la jurisprudencia, como veremos, advierte.

En el caso de acuerdos de interconexión, básicos para lograr la liberalización por cuanto si el operador dominante no permite o dificulta de alguna manera tal interconexión, no habrá forma de lograr que los nuevos operadores enganchen con la red fija que el anterior monopolista construyó durante más de medio siglo garantizándole así una posición dominante. Y como no tiene el menor sentido –ni económico, ni ecológico, ni tecnológico, ni urbanístico– duplicar las infraestructuras, la única forma de lograr que existan más operadores es que los nuevos entrantes puedan conectar con la red del operador principal. Y si aparecen esos obstáculos o el operador principal pone trabas excesivas al acceso, procede resueltamente plantear un conflicto.

Asimismo, también se producen conflictos en el caso en que un tercero, un tercer operador, quiera acceder a la red. Esto es, el momento en que un operador nuevo en un sector y en una localidad, quiera ofrecer sus servicios y se encuentre con obstáculos de todo tipo por el operador dominante dueño de la red fija de telecomunicaciones. Si, con cualquier excusa no le da acceso, automáticamente se genera una situación grave para el tercero, ya que no puede ofrecer sus servicios.

Es este tipo de conflictos el que se resuelve por el tradicional Derecho administrativo, a través de las técnicas de solución de controversias novedosas en las que no se utilizará la fórmula tradicional de reclamación, averiguación unilateral por la Administración y eventual resolución final. Se producirá una variación del procedimiento en el que al estar afectado el reclamante por la actitud del operador reclamado, procede la Administración resolver en derecho vinculando específicamente a ese otro operador que no fue quien promovió el conflicto.

Y la CMT resolvía de forma vinculante, esto es, obligatoria para todos los intervinientes en el procedimiento. Se daba así ejecutividad, la más tradicional de las potestades administrativas, a su resolución. Y el acto administrativo contenido en la resolución podría ser impugnado ante la jurisdicción contenciosa administrativa, dentro pues de un esquema tradicional y muy distinto del propio del arbitraje. Resolución a resolución, la CMT impuso el aprendizaje a todos los operadores, dominante y dominados, de los elementos que definen el acceso y la conexión.

Podemos observar cómo ya en 1996, en aplicación de la ya determinante jurisprudencia constitucional estudiada se admitía con entera naturalidad que la Administración pudiera arbitrar, que el reglamento de administración institucional del arbitraje se hiciera mediante Real decreto aprobado por el Gobierno, y que lejos de constituirse un solo paradigma de arbitraje existen múltiples matices y aun diferencias que se pueden reconducir al esquema único de que el arbitraje funciona como un equivalente jurisdiccional. Esto es clave, y comprobamos que es el único elemento que realmente funciona como identificador del arbitraje. No es poco, y de nuevo, podemos confirmar que era necesario el examen detallado de esa jurisprudencia para alcanzar estos resultados.

Y recordemos también que un hito de importancia lo constituyó la recreación de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT), por obra de la citada Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones. Porque la creación se había realizado a través de un Decreto Ley (Real Decreto–ley 6/1996, de 7 de junio), lo que implicaba que se había construido bajo la presión de la urgencia.

Recordemos que en este texto recoge el arbitraje, quizás no tan definido como en normas posteriores, pero ya otorgando a la CMT esa posición de arbitraje institucional y además, de árbitro haciéndolo definitivamente en una norma con rango de Ley de Cortes.

En el artículo primero, se indicaba:

“Dos. 1. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tendrá por objeto salvaguardar, en beneficio de los ciudadanos, las condiciones de competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos, velar por la correcta formación de los precios en este mercado y ejercer de órgano arbitral en los conflictos que surjan en el sector.”

Y, a continuación, indicaba:

“2. Para el cumplimiento de este objeto, la Comisión ejercerá las siguientes funciones:

a) Arbitrar en los conflictos que puedan surgir entre operadores de redes y servicios del sector de las telecomunicaciones y de los servicios a los que se refiere el número 1 del apartado dos de este artículo, así como en aquellos otros casos que puedan establecerse por vía reglamentaria, cuando los interesados lo acuerden. El ejercicio de esta función arbitral no tendrá carácter público.

El procedimiento arbitral se establecerá mediante Real Decreto y se ajustará a los principios esenciales de audiencia, libertad de prueba, contradicción e igualdad, y será indisponible para las partes”.

Así, en los albores de la creación de la CMT ya se le encarga esta función. Y ello será ya utilizado en la siguiente Ley que se estaba gestando en esos momentos.

Se distinguía con claridad de la solución de conflictos, tal como expresa el art. 1.2 e)

“La resolución vinculante de los conflictos que se susciten entre operadores en materia de interconexión de redes si los obligados a permitirla no lo hicieren voluntariamente, o si no llegaren los interesados a un acuerdo satisfactorio sobre la forma y condiciones en que aquella deba llevarse a efecto.

También corresponderá a la Comisión la resolución vinculante de los conflictos que se susciten por el acceso y uso del espectro radioeléctrico y en los demás casos que se establezcan por norma de rango legal o reglamentario”.

Es así como se llega a la Ley de 1998 (Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones), en cuya redacción se aplicaron igualmente las normas comunitarias que dieron definitivo apoyo a la liberalización y privatización del sector (esto último era una consecuencia más o menos obligada, si bien no exigible totalmente).

Por vez primera aparece ya la idea, en el plano de una Ley votada en Cortes con carácter integral de todo el sector y no solamente especializado en un tema concreto como pudiera ser la anterior creación del órgano, que la recién creada “Comisión del Mercado de Telecomunicaciones” actuará como órgano decisor de un conflicto entre operadoras como consecuencia de cuestiones y problemas de conexión. Y que ese conflicto es diferente desde luego, del arbitraje.

Por lo que se refiere al arbitraje, puesto que estaba en vigor la ya examinada legislación que puso en pie la CMT, la ya vista 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las

Telecomunicaciones, en estos momentos la ley de 1998 se remite a la misma al indicar simplemente que no se considera infracción punible como sanción administrativa (Art. 79.15):

“El incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el ejercicio de sus funciones, con excepción de las que lleve a cabo en el procedimiento arbitral, previo sometimiento voluntario de las partes”).

Ello conformará en la futura legislación una auténtica cláusula de estilo. Y el significado evidente de esta determinación legal es que las sanciones administrativas se imponen, exclusiva y naturalmente, en el ámbito del procedimiento administrativo (si éste se incumple) pero esas potestades sancionadoras no alcanzan, en realidad ni siquiera rozan, los supuestos en que la Administración actúe como árbitro, ya que el arbitraje tiene sus propios mecanismos de ejecución que no tienen nada que ver con el derecho sancionador propio de la Administración Pública.

Lo que realmente quiere concretar la Ley en este caso, porque es lo más preocupante, es la situación de los conflictos de interconexión, que ya hemos visto,

Decía así:

“Art. 25. Resolución de conflictos. De los conflictos relativos a la ejecución e interpretación de los acuerdos de interconexión y de los producidos por el acceso a las redes públicas de telecomunicaciones, conocerá la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Ésta, previa audiencia de las partes, dictará resolución vinculante sobre los extremos objeto del conflicto, en el plazo máximo de seis meses a partir del momento en que se pida su intervención, sin perjuicio de que puedan adoptarse medidas provisionales hasta el momento en que se dicte la resolución definitiva. La resolución adoptada por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones será recurrible en vía contencioso-administrativa”.

Puede observarse como, rudimentariamente, aparecen ya las ideas de dos o más sujetos, a los que se concede “audiencia” dentro de las cuestiones relativas a acuerdos de interconexión y acceso a redes públicas. Es difícil separar esta formulación de la contradicción clásica en que pueden colocarse los sujetos que disputen una autorización, una concesión, o inclusive un contrato. En todos estos supuestos se produce dualidad, contradicción e igualdad entre las distintas personas y con ello, aparecen ciertas facultades decisorias del órgano resolutorio.

La aportación de esta Ley es que ahora se establece esta potestad como permanente, como algo que se espera que vaya a producir resoluciones, decisiones, es decir, una situación estable que no consiste en una esporádica atribución de potestades en un conflicto puntual. Esa permanencia es lo que caracteriza desde entonces a las resoluciones de la, entonces, CMT, hoy CNMC. Y así se produce la creación de una doctrina, la llamada a resolver los conflictos por esta vía, en definitiva, una suerte de veredicto material limitado en el ámbito donde se actúe. Pero que en modo alguno es arbitraje, como tendremos ocasión de comprobar con cita jurisprudencial en el examen de la evolución que ulteriormente se dará de esta normativa, aunque conservando estas ideas de forma prácticamente igual.

Por su parte, hace su aparición expresa – quizás no hubiera necesidad formal de mencionarlo ya que existía la legislación sobre usuarios y consumidores– la mención a los derechos de tales consumidores, con remisión a la legislación correspondiente pero al mismo tiempo, y como un atisbo de lo que comienza a ser una política: la opción de acudir a los órganos administrativos directores del sector.

Así se indicaba:

“Art. 54. Derechos de los usuarios. 1. Los operadores de telecomunicaciones y los usuarios podrán someter las controversias que les enfrenten al conocimiento de Juntas Arbitrales de Consumo, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 26/1984, de 19 de julio, sobre Defensa de los Consumidores y Usuarios, y en sus normas de desarrollo.

Para el supuesto de que no se sometan a las Juntas Arbitrales de Consumo, el Ministerio de Fomento establecerá, reglamentariamente, el órgano competente de dicho Departamento para resolver las repetidas controversias, si así lo solicitan voluntariamente los usuarios y el procedimiento rápido y gratuito al que aquél habrá de sujetarse. La resolución que se dicte podrá impugnarse ante la jurisdicción contencioso-administrativa”.

La remisión a la Junta Arbitral de Consumo, implica pues, una resolución apta para resolver con la técnica habitual de usuarios y consumidores. Y la opción de acudir a un procedimiento administrativo, por demás existente en otros sectores y además con carácter general como aplicación de la ley de procedimiento administrativo, tiene, de nuevo, la característica de su expresa mención y, con ello, de la posibilidad de generar doctrina. En realidad, no fue un instrumento apto y no parece existir una fluida doctrina, puesto que lo que se pretende, con toda lógica, es que se acuda normalmente al arbitraje de consumo, pero como éste no puede imponerse, se ofrece ese remedio subsidiario.

Entre otras, cabe citar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos (Sección 2ª) Sentencia nº 524/2003 de 12 diciembre:

“... la vía administrativa sólo se prevé, sin excepción alguna, como algo subsidiario al sometimiento a la Junta Arbitral, por lo que carece de sentido entender que para alguna materia, sin pronunciamiento expreso, claro y patente de la Ley, se haya impedido acudir a la vía arbitral. Del mismo modo, el Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento por el que se desarrolla el Título III de la Ley General de Telecomunicaciones en lo relativo al servicio universal de telecomunicaciones, a las demás obligaciones de servicio público y a las obligaciones de carácter público en la prestación de los servicios y en la explotación de las redes de telecomunicación, después de establecer, en el art. 7, entre otras, la obligación que tienen los titulares de licencia de telecomunicaciones de garantizar el acceso a los servicios de todos los usuarios que lo soliciten, y de determinar –art. 12– el derecho que tienen todos los ciudadanos en todo el territorio nacional de conectarse a la red telefónica pública fija y acceder a la prestación del servicio telefónico fijo –supuesto de autos–, lo que hace es reiterar, en el art. 61, el procedimiento de solución de conflictos que se deja expuesta en la Ley entre operadora y usuarios, es decir, se prevé acudir primeramente a las Juntas Arbitrales, sin excepción alguna, y sólo si las mismas no son utilizables, se acude a un procedimiento administrativo distinto, sin excepción de ninguna clase”.

El reglamento de desarrollo (Reglamento de Servicios de Comunicaciones Electrónicas 1998, Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio) vino a confirmarlo:

“Art. 61. *Procedimientos de resolución de conflictos.* 1. Las reclamaciones de los abonados del servicio telefónico disponible al público y las de los usuarios finales de los servicios de líneas susceptibles de arrendamiento sobre su funcionamiento, su precio, su facturación, la responsabilidad por daños o cualquier otra cuestión que pudiera plantearse en relación con la prestación del servicio, deberán dirigirse a cualquiera de las oficinas comerciales del operador, en el plazo de un mes desde el momento en que se tenga conocimiento del hecho que las motive. Formulada la reclamación, si el abonado no hubiera obtenido respuesta satisfactoria del operador en el plazo de un mes, podrá acudir a las vías indicadas en los apartados siguientes.

2. Los abonados podrán dirigir su reclamación a las Juntas Arbitrales de Consumo, en los términos establecidos en la normativa reguladora de las mismas.

3. Para el supuesto de que el operador o el abonado no se sometan a las Juntas Arbitrales, éste podrá dirigirse, en el plazo de un mes desde la respuesta del operador o la finalización del plazo para responder,

a la Secretaría General de Comunicaciones que, una vez realizados los trámites oportunos, dictará resolución sobre la cuestión planteada. La resolución que ésta dicte agotará la vía administrativa y contra ella podrá interponerse recurso contencioso-administrativo.

4. El Ministerio de Fomento podrá autorizar la ampliación de los plazos para la suspensión o la interrupción del servicio, previa solicitud de cualquier abonado que haya iniciado el procedimiento de resolución de conflictos al que se refiere este artículo.”

Vemos pues el juego entre arbitraje de consumo y eventual reclamación administrativa. Ambas coincidentes en el fin de solventar una reclamación, si bien, por diferentes vías.

En definitiva, si hacemos un balance global de esta ley, podríamos concluir que dentro de las técnicas de liberalización, que comportan naturalmente conflictos y eventualmente arbitraje inclusive, era un mero intento de dismantelar un monopolio ya secular, incluso aunque se trate de un segundo intento como es el caso de esta ley, la cuestión era realmente ardua de conseguir y al final se concretaba en un *iter inutilis* lo que se tradujo en la falta de operatividad de este proyecto. Se trataba pues, de una primera aproximación, un primero esbozo de lo que acabaría siendo una posibilidad cierta. Una fase, en todos los ámbitos, de transición. Ello obligaba, siguiendo la estela comunitaria europea, a introducir nuevos cambios legislativos, que pronto llegaron.

4. Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones

La Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, constituyó la siguiente etapa cuyo siguiente hito es la actual legislación de 2014. Es fruto obligado de las importantes modificaciones y avances comunitarios, traducidos en una amplia panoplia de normas (Directiva 2002/21/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas; la Directiva 2002/20/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas; la Directiva 2002/22/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas; la Directiva 2002/19/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión; la Directiva 2002/58/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas; la Directiva 2002/77/CE, de la Comisión, de 16 de septiembre de 2002, relativa a la competencia en los mercados de redes y servicios de comunicaciones electrónicas; y, finalmente, la Decisión n.º 676/2002/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, sobre un marco regulador de la política del espectro radioeléctrico en la Comunidad Europea. Mediante esta ley se trasponen las citadas directivas. Cabe señalar que la Directiva 2002/58/CE se traspone en la medida en que afecta a las redes y servicios de comunicaciones electrónicas).

La última de estas modificaciones, efectuada a través del Real Decreto-ley 13/2012, de 30 de marzo, por el que se transponen directivas en materia de mercados interiores de electricidad y gas y en materia de comunicaciones electrónicas, y por el que se adoptan medidas para la corrección de las desviaciones por desajustes entre los costes e ingresos de los sectores eléctrico y gasista, ha incorporado al ordenamiento jurídico español el nuevo marco regulador europeo en materia de comunicaciones electrónicas del año 2009.

En esta Ley de 2003, aparece el arbitraje entre operadores más asentado y con proyección jurisprudencial. Es claro que la introducción de competencia y la liberalización del sector, comenzaban a dar sus primeros frutos, unido al dato de la privatización completa de la operadora dominante.

Pero se van a distinguir ya, de forma prácticamente definitiva, *dos distintas* situaciones, con sus correspondientes resoluciones, para resolver las controversias. Y a veces, se confundían, como recordará alguna Sentencia a la que haremos referencia, por cuanto las primeras experiencias prácticas obligaban a tener que esforzarse en distinguir, ya que el arbitraje administrativo impartido entonces por la CMT, suponía un “cuerpo extraño” en las mentalidades asentadas.

De un lado, lo que esta Ley va a denominar, “Resolución de Conflictos”, que materialmente podrá considerarse una figura semejante al arbitraje, pero que, cuidadosamente, la Ley distingue del arbitraje propiamente dicho que regula en apartado diferente.

En efecto de un lado, aparece lo dispuesto en el art. 14 de la Ley, que va a estar centrado en las obligaciones de interconexión y acceso que la propia ley prevé. Y que no tendrá carácter voluntario, sino que será la fórmula dispuesta por esta legislación para solventar las controversias sobre un tema y materia tan específico de las telecomunicaciones como el acceso de los terceros a la red del operador dominante y el consecuente canon que hay que pagarle, así como la cuestión de la interconexión, que ha dado motivos de grandes litigios incluido en la Unión Europea⁶⁰⁸.

Indicaba este precepto:

“Art. 14. Resolución de conflictos. 1. De los conflictos en materia de obligaciones de interconexión y acceso derivadas de esta ley y de sus normas de desarrollo conocerá la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Ésta, previa audiencia de las partes, dictará resolución vinculante sobre los extremos objeto del conflicto, en el plazo máximo de cuatro meses a partir del momento en que se pida su intervención, sin perjuicio de que puedan adoptarse medidas provisionales hasta el momento en que se dicte la resolución definitiva.”

Interesa indicar que se trata de un procedimiento entre dos partes, normalmente en que la resolución de la CMT se realiza con un instrumento semejante al arbitral, pero que es obligado, administrativo y que conscientemente huye del *nomen iuris* de arbitraje. Materialmente guarda muchas semejanzas con un procedimiento administrativo de arbitraje, como vamos a ver a continuación que sí existe también en “el resto” de los posibles conflictos. Pero aun siendo así, tomemos nota de que con toda evidencia, se separa del procedimiento que denomina ya “arbitral”, siendo, éste sí, un procedimiento de arbitraje administrativo propiamente dicho, con toda las características singulares que tienen asimismo estos procedimientos.

El sistema arbitral se contempla en el art. 48 de la ley, separado pues completamente del que acabamos de ver sobre conflictos de interconexión y acceso.

Señala el precepto:

⁶⁰⁸ Sentencia de 10 de julio de 2014 del TJUE, sobre estrechamiento de márgenes, confirmatoria de la del Tribunal General de 29 de marzo de 2012 que impuso una multa de 152 millones de euros a Telefónica. Sentencia en el asunto C-295/12 P *Telefónica S.A. y Telefónica de España S.A.U./Comisión*. La multa fue impuesta el 4 de julio de 2007 por entender que existía un estrechamiento de márgenes en el acceso al mercado español de banda ancha por actuaciones entre 2002 y 2006.

“4. En las materias de telecomunicaciones reguladas en esta Ley, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ejercerá las siguientes funciones:

a) Arbitrar en los conflictos que puedan surgir entre los operadores del sector de las comunicaciones electrónicas, así como en aquellos otros casos que puedan establecerse por vía reglamentaria, cuando los interesados lo acuerden.

El ejercicio de esta función arbitral no tendrá carácter público. El procedimiento arbitral se establecerá mediante real decreto y se ajustará a los principios esenciales de audiencia, libertad de prueba, contradicción e igualdad, y será indisponible para las partes”.

En el art. 48 de la Ley, se indica pues, a pesar de ser calificado por el propio legislador como un arbitraje privado instruido y resuelto por esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, sin embargo, como alteración de un elemento típico del arbitraje *sensu strictu* afirma la indisponibilidad por parte de los operadores por lo que el arbitraje se desarrollará conforme a lo que se disponga en el reglamento de desarrollo que se establecería, como indicaba el propio precepto, por Real Decreto.

Esto es, se hará por el cauce que establezca la Administración, que, además, utiliza una remisión normativa al indicar que se concretará el arbitraje vía reglamento. Las partes carecen de poder de disposición sobre el procedimiento, éste está fijado reglamentariamente y sin embargo la Ley lo contempla como un supuesto en que la Administración, arbitra. Y es que, como hemos venido indicando desde el principio mismo de este trabajo, la cualificación del arbitraje en el seno de una Administración, hace que constituya, no diré tanto como un paseo por el valleinclanESCO callejón del gato, pero sí una formación peculiar del instituto arbitral.

Quizás el sino del arbitraje cuando es impartido por la Administración sea precisamente éste: modificar las claves con las que la institución se produce habitualmente. Existirá así, desde luego, el elemento común que hemos indicado constituye la esencia misma del arbitraje: la decisión autónoma, imparcial y firme por un tercero. Pero a partir de ahí, con la naturalidad con la que la Administración y la legislación que la regula, determina su utilización, ese arbitraje va a recibir componentes distintos de los que conforman el instituto en su legislación propia.

Aceptar o no, que tal figura es arbitraje, es la clave de su definición como fórmula apropiada para que la utilice y acepte esta *Potentior personae* y, finalmente, del propio reconocimiento de que cuando se utiliza el concepto de arbitraje por la Administración— y vemos que esta ley, por ejemplo, lo utiliza— hay que admitir que bajo la capa del mismo se esconden diferentes figuras y no solo la que utilizamos habitualmente. Y el Tribunal Constitucional, en definitiva, ha venido dando apoyo a la amplia concepción de lo que sea arbitraje. Y modalidades distintas van a existir, tal como estamos viendo en esta Ley de 2003.

Aquí también la Ley 32/2003, indica:

“Art. 53. Infracciones muy graves. Se consideran infracciones muy graves: “r) El incumplimiento de las resoluciones adoptadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el ejercicio de sus funciones en materia de comunicaciones electrónicas, con excepción de las que lleve a cabo en el procedimiento arbitral previo sometimiento voluntario de las partes.”

Lo cual supone que, inatendida una resolución propiamente dicha, de la CMT, cabe sanción al incumplidor. No en arbitraje porque es un procedimiento diferente, distinto, que tiene su propio cauce y que será ejecutable ante el Juez Civil. A diferencia de la resolución de la CMT, donde la parte no incumplidora deberá reclamar a la CMT que haga cumplir su

resolución mediante las técnicas de los arts. 97 y siguientes de la Ley 39/2015 (en ese momento de la Ley 30/1992).

Nos hemos encontrado pues con dos mecanismos diferentes y distintos de resolución de conflictos.

Uno, obligatorio, para solventar las cuestiones de acceso de terceros a la red y de interconexión, que de forma expresa evita denominarse arbitraje, aunque materialmente tenga coincidencias sustanciales con la figura del arbitraje impartido por la Administración Pública, pero que resueltamente no lo es y cuyo resultado – una resolución administrativa – será objeto de posible impugnación ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

Al igual que en anteriores regulaciones, además del arbitraje entre operadores (en realidad el que interesa aquí y ahora), la ley vuelve a regular sobre el arbitraje de consumo, tal como indica el art. 38, al decir:

“Derechos de los consumidores y usuarios finales. 1. Los operadores que exploten redes o que presten servicios de comunicaciones electrónicas y los consumidores que sean personas físicas y usuarios finales podrán someter las controversias que les enfrenten al conocimiento de las juntas arbitrales de consumo, de acuerdo con la legislación vigente sobre defensa de los consumidores y usuarios.

Para el supuesto de que no se sometan a las juntas arbitrales de consumo o que estas no resulten competentes para la resolución del conflicto, el Ministerio de Industria, Energía y Turismo establecerá reglamentariamente un procedimiento conforme al cual, los usuarios finales que sean personas físicas podrán someterle dichas controversias, cuando tales controversias se refieran a sus derechos específicos como usuarios finales de servicios de comunicaciones electrónicas. En cualquier caso, el procedimiento que se adopte deberá ser transparente, no discriminatorio, sencillo, rápido y gratuito y establecerá el plazo máximo en el que deberá notificarse la resolución expresa, transcurrido el cual se podrá entender desestimada la reclamación por silencio administrativo. La resolución que se dicte podrá impugnarse ante la jurisdicción contencioso-administrativa”.

Las características son las mismas que ya conocemos de la legislación anterior que por tanto no se van a reproducir. Veamos la jurisprudencia recaída ya sobre esta Ley y su arbitraje.

Notaremos que acaban interviniendo todas las jurisdicciones y, dada la evolución en el tiempo, también distintos órganos dentro de una misma jurisdicción. En el sector de las telecomunicaciones, en aquella época, fue una compañía, Sogecable, la que mayor insistencia tuvo en la impugnación de los laudos.

5. Doctrina de los tribunales de justicia: asunto Sogecable

Se dieron cita, a lo largo de varios años, numerosas Sentencias recaídas en torno a este operador de telecomunicaciones.

Y tienen interés porque en estas Sentencias se dieron cita todos los problemas y cuestiones que hubieron de despejarse hasta concluir que un arbitraje realizado por la Administración Pública es, cabalmente, arbitraje, y no un extraño sucedáneo del mismo.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 21ª) Sentencia nº 45/2007 de 6 febrero, que ya sigue una cierta estela anterior, supone quizás la que más rotundamente afirma la naturaleza arbitral de la CMT en estas relaciones. Existían supuestos anteriores que iban perfilando ese arbitraje, si bien todavía se caracterizaba como “*especialísimo*”, basado en una “oferta permanente del operador” que le sometía genéricamente a arbitraje

en el futuro en cuanto le sea solicitado y, en fin, matizaciones que inicialmente responden a las razonables dudas y cuestiones que tiene siempre una novedad tan enorme como predicar que la Administración Pública es árbitro en sentido estricto. Así se deduce de la Sentencia n° 777/2006 de 28 noviembre Audiencia Provincial (Sección 12ª), que prepara así el terreno para que la siguiente Sentencia, la que ahora examinamos, hiciera esta resuelta aportación fijando ya de forma definitiva la calificación que cabe hacer de este arbitraje.

Notemos de entrada que se acepta que es un arbitraje *tout court* y que por tanto lo que cabe es la acción de nulidad ante la jurisdicción civil, algo que en otras ocasiones, veremos, también ha sido discutido (sin éxito) intentando llevar a la jurisdicción contenciosa administrativa tal impugnación.

Con fecha 24 de febrero de 2005, se dictó Laudo arbitral por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Contra este laudo arbitral se interpuso acción de anulación por Sogecable, SA.

Todo parte de una operación de concentración económica que tenía que ser resuelta, entonces, por el Consejo de Ministros previo informe previo, también entonces no vinculante, del Tribunal de Defensa de la Competencia.

Sabido es que en estas concentraciones cabe que el órgano autorizador, el Consejo de Ministros en este caso, autorice con condiciones, de forma que existen numerosos casos en que la autorización para que dos empresas se concentren no es pura y simple, sino limitada al cumplimiento de determinadas condiciones.

Exactamente eso fue lo que sucedió en este caso.

En la condición vigésima se establecía que:

“En el plazo de dos meses desde la notificación del presente Acuerdo a Sogecable, ésta deberá presentar ante el Servicio de Defensa de la Competencia un plan detallado de actuaciones y plazos para la instrumentación de las condiciones en él contenidas. El Servicio, previo informe de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, podrá introducir las modificaciones que resulten necesarias para el adecuado cumplimiento y vigilancia de las citadas condiciones”.

La condición vigesimoprimera disponía que:

“El plan de actuaciones deberá incorporar un mecanismo de arbitraje privado para la resolución de los conflictos que pudieran surgir en la aplicación de las condiciones primera, segunda, tercera, novena, décima, undécima, decimocuarta y decimoquinta, que Sogecable deberá ofrecer a cualquier tercero con el que contrate.

En el supuesto de que no se llegase a un acuerdo sobre el árbitro propuesto, Sogecable deberá proponer a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones como árbitro independiente.

Sogecable deberá suministrar a los árbitros que, en su caso, se determine toda la información necesaria para el correcto desempeño de su función, preservándose en todo caso la confidencialidad de aquella que contenga secretos comerciales”.

Notemos que el arbitraje viene impuesto por el Consejo de Ministros (que aquí actúa no tanto como Gobierno, sino como cúspide de la Administración Pública; es uno de los casos, hay otros, en los que el Consejo actúa con discrecionalidad administrativa sujeta a control de los jueces contenciosos administrativos y no como órgano gubernamental que hace un acto político incontrolable e infiscalizable judicialmente, como por ejemplo, nombrar una persona, aprobar un proyecto de ley, etc., actos que nadie tendría la ocurrencia de llevar a los tribunales, porque se toparán de bruces contra el art. 1º de la Ley de la Jurisdicción

contenciosa administrativa, donde se indicaría en trámite de admisión que no se tratan de actos administrativos, sino de actos políticos o de Gobierno).

Es decir, aunque se va a forzar en las Sentencias la supuesta voluntariedad de Sogecable, al indicar que si acepta el plan de actuaciones es que “voluntariamente” está también aceptando el arbitraje, hay que decir que tal voluntariedad no es propiamente el libre ejercicio de la autonomía de una empresa, sino que parte del pie forzado, heterónomo, ya que no es fruto de negociación alguna. Lo impone una autoridad administrativa, como es el Consejo de Ministros, en ejercicio de una típica potestad administrativa a través de su acto administrativo de autorización un elemento coactivo que tiene forzosamente que aceptar.

Y es que este supuesto es arbitraje, desde luego. Pero es un arbitraje inducido a partir de un acto administrativo que consistía en un acuerdo del Consejo de Ministros que autorizaba la concentración siempre que los actos derivados de la concentración /aceptados por Sogecable) fueran sometidos a arbitraje. Sogecable consideraba que era inconstitucional por resultar un arbitraje obligatorio. Pero olvidaba Sogecable que era una de las condiciones aceptadas libremente por la misma. El argumento de Sogecable era que se limitaba la decisión de la empresa, la cual, azuzada por el incentivo de lograr nada menos que la concentración, se eclipsaba por completo sus posibilidades de elección sobre la aceptación o no del arbitraje. Es una muestra más de que en efecto, cuando anda por medio la Administración Pública, inevitablemente se acompaña de algún tipo de ejercicio de poderes que no están al alcance de los sujetos privados.

Y esto, que efectivamente aconteció tal como se narra, acabará siendo uno de los argumentos de Sogecable.

Sigamos pues con esta Sentencia.

Y es que, por otro lado, el Consejo de Ministros no se olvidaba de que la CMT era un órgano que no por tener que arbitrar tendría que abdicar de su posición de supervisor del sistema. Algo que también será utilizado por Sogecable, ya que en puridad de términos de arbitraje, resulta un tanto peculiar por no decir extraño, que el colegio arbitral a la vez dictamine sobre determinadas condiciones y situaciones en que se van a desenvolver los sujetos arbitrados, lo cual, sin duda, es una *striking exception* a la teoría del arbitraje tal como se configura y practica en cualquier sede arbitral. Más bien las reglas son las contrarias y en caso de intervenir, las reglas suelen exigir abstención del árbitro por incompatibilidad fundada en un cierto prejuicio sobre el contenido de la materia objeto de arbitraje.

Decía así el Consejo de Ministros, añadiendo, albarda sobre albarda, nuevas peculiaridades a este arbitraje administrativo: la condición vigésimo segunda expresaba que

“A los efectos de la vigilancia del presente Acuerdo, la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones emitirá un informe con carácter anual sobre el cumplimiento de las condiciones en él establecidos. Igualmente, podrá emitir informes sobre cualquier conflicto o incidencia relativos al mismo, con el fin de recabar la adopción de las medidas previstas en la normativa vigente de este ámbito”.

La Sentencia, en su Fundamento Segundo resuelve el problema de la aceptación del arbitraje, eliminando así cualquier duda sobre su carácter voluntario, mediante una lapidaria expresión con la que se quita la cuestión de en medio. Dice así:

“Sogecable presentó ante el Servicio de Defensa de la Competencia un Plan de Actuaciones para la instrumentación de las condiciones impuestas por el Acuerdo del Consejo de Ministros a que hemos hecho referencia, lo que implica la aceptación de dichas condiciones”.

En todo caso, en ese Plan de Actuaciones la recurrente acepta que contratará con terceros en condiciones equitativas, transparentes y no discriminatorias. Y ofrecerá arbitraje de Derecho, sobre conflictos en precios y demás condiciones contractuales, previa negociación entre las partes. El número de árbitros será uno, en su defecto tres y si no se ponen de acuerdo, será la CMT quien ejerza de árbitro. Curiosamente el procedimiento arbitral se regirá por el Reglamento de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA).

Y es aquí donde llega, con toda su artillería jurídica, Sogecable, a impedir por todos los medios jurídicos que ese laudo llegara a dictarse o que, si se avanza, quede amenazado de nulidad. Presentada la demanda de arbitraje ante la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la demandada Sogecable se opuso a la petición y alegó, además, a) la falta de competencia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para resolver, mediante arbitraje, las pretensiones formuladas; b) la falta de sumisión de Sogecable al arbitraje de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones; c) formulando también recusación de la propia Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

La respuesta de la CMT no se hizo esperar, si bien, todavía, vacila un tanto en la nomenclatura.

“La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones emitió el 24 de febrero de 2005 un Acuerdo (en realidad es un laudo parcial) por el que acordó la admisión del arbitraje en el conflicto mantenido entre las partes, entendiendo que el conflicto era susceptible del arbitraje de la Comisión de Mercado de las Telecomunicaciones al afectar sólo a relaciones privadas, que existía un convenio arbitral válido, que a falta de acuerdo en el nombramiento de otro árbitro era competente la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, y rechazó la recusación formulada.

Y es frente a este Acuerdo—Laudo parcial que Sogecable ejercita la acción de anulación conforme a los artículos 40 a 42 LA”.

Era de esperar que la recurrente jugara el argumento de la jurisdicción aplicable, y así lo hizo, al indicar que de conformidad con art. 41.1º.e) LA, los árbitros habrían resuelto sobre una cuestión no susceptible de arbitraje. La falta de arbitrabilidad conduciría a la vía administrativa, puesto que, en su opinión, dada la inexistencia de una relación material susceptible de arbitraje la impugnación válida era en el orden contencioso.

Pero la Audiencia Provincial no se deja convencer ya que, si un tercero pretende con base en dichas condiciones, aceptadas por Sogecable, realizar una contratación con ésta, relativa a la comercialización de determinados canales, esta pretensión es indiscutiblemente de derecho privado. Podrá acontecer que el incumplimiento *per se* de tales condiciones impuestas por el Consejo de Ministros arrosten una sanción por infringir normas de Derecho público, como son las condiciones de un acto administrativo. Pero hay que saber distinguir: una cosa es el cumplimiento o no de esas condiciones, argumentable ante la jurisdicción contencioso-administrativa, y otra es que un tercero, sujeto privado, en aplicación de esas condiciones impuestas, desee luego contratar, plano éste absolutamente privado entre dos sujetos particulares y completamente arbitrable.

Y esta solución había sido aceptada en otros asuntos anteriores (ejercitadas por Sogecable, en Sentencias de 29 de julio de 2005 de la Sección 14ª, 24 de mayo de 2006 de la Sección 25ª, 30 de octubre de 2006 de la Sección 13ª y 28 de noviembre de 2006 de la Sección 12ª.)

Como era de esperar, también se atacaría la existencia del convenio arbitral, ciertamente incorporado también al plan y no figurando como pieza aparte. Otra peculiaridad que hay que aceptar en casos en los que esté en juego el papel de la Administración Pública, ya que

difícilmente puede seguirse un tratamiento exacto con los parámetros habituales de la práctica arbitral comúnmente aceptada. Como segundo motivo de anulación, pues, se alega al amparo del art. 41.1º.a) LA la inexistencia de convenio arbitral, alegándose que el Plan de Actuaciones no va dirigido a terceros sino a la Administración y sólo tiene vigencia con la inclusión de la cláusula arbitral en los contratos, no existiendo convenio arbitral, pues no se llegó a celebrar contrato con R. Cable y Telecomunicaciones Galicia, SA (las otras convenidas en este caso)

A juicio de la Sala el motivo de anulación tampoco puede prosperar.

Y es que, argumentando de nuevo desde la condición vigésimo primera examinada, que, recordemos, obligaba a aceptar el arbitraje a los terceros, únicos interesados en lograr la resolución del conflicto. Lógicamente, el ofrecimiento o sumisión al arbitraje no se dirigía a la Administración Pública sino a los terceros con que surgiera el conflicto a resolver por arbitraje. Y a partir de ahí, induce la Sentencia que no era exigible que en cada contrato concreto existiera esa sumisión al arbitraje, sino que la aceptación de la condición, implicaría que cualquier tercero que quisiera contratar en las condiciones derivadas del acuerdo del Consejo de Ministros, se entendería que Sogecable acepta el arbitraje.

Y es que hay una aceptación implícita cuando Sogecable en el Plan de Actuaciones, al aludir a la condición vigésimo primera, expresa que

“Asimismo, Sogecable propondrá el siguiente mecanismo de arbitraje con ocasión de cualquier conflicto que con respecto de las condiciones citadas pudiera surgir durante la vigencia de esta condición”,

lo que se confirma cuando en el propio Plan de Actuaciones, al referirse a la condición novena, expresa al final

“Además, la aplicación equitativa, transparente y no discriminatoria de esta condición se garantizará por el sometimiento a arbitraje, de cualquier disputa en relación con su aplicación, en los términos de la condición vigésimo primera”,

lo que igualmente se recoge, en similares términos, en el Plan de Actuaciones relativo a las condiciones 1ª, 2ª, 10ª, 11ª, 14ª y 15ª.

Cierto que no existe incluida esa cláusula en cada contrato con programadores, comercializadores o distribuidores, pero el cuadro genérico en que actuaba así lo comprendía.

Otra peculiaridad a anotar en la exigencia de interpretación de los arbitrajes administrativos y que sería difícilmente argumentable en el arbitraje comercial entre dos particulares.

La Sentencia se plantea las siguientes oposiciones por parte de Sogecable:

“En el tercer motivo de anulación se alega, al amparo del art. 41.1.d) y f) de la Ley de (no haberse ajustado la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral al acuerdo entre las partes, o a falta de dicho acuerdo, a la Ley, y ser el laudo contrario al orden público”.

Como vemos, la panoplia de argumentos es extensa e intensa en su contenido.

Pero en una interpretación literal, la Sala entiende que cabría que cualquiera que contratara con Sogecable podría acudir directamente a la CMT de acuerdo con el orden subsidiario de árbitros que en la misma se designa, lo que implica que desde luego no es anulable ya que la condición sí se cumple. Y además, se cumple con lo dispuesto en la ley que regula las competencias de la CMT que siempre y en todo caso admite con toda evidencia la

realización de arbitraje como importante función de este organismo, por lo que no se entiende bien la objeción.

Son todas, pues, peculiaridades del arbitraje realizado por un organismo administrativo, que sin embargo, encaja perfectamente su actuación en el propio concepto de arbitraje. Y, asimismo, hace su aparición dentro de este notable argumentario, la posible recusación a la propia CMT.

Dicha recusación se fundaba en que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones había emitido un informe al Servicio de Defensa de la Competencia valorando si Sogecable había ajustado su actuación a las condiciones impuestas por Acuerdo del Consejo de Ministros.

Conviene recordar que, como indica la Sentencia, el art. 17.3º LA estipula que una parte sólo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de su designación.

Pero es que en la condición 22 del Acuerdo del Consejo de Ministros, cuyo destinatario era la recurrente, se indicaba precisamente que la CMT haría este tipo de informes de seguimiento y valoración. Por ello, se entiende que aceptó plenamente el recurrente que tales informes se remitieran, ya que admitió dicha condición sin hacer ninguna observación, reserva o reproche.

Por ello, indica expresamente la Sentencia:

“Con independencia de lo anterior, tratándose de un arbitraje institucional conferido a una entidad de Derecho público, no podemos aceptar que se sostenga que la misma carezca, como tal entidad, de imparcialidad. Lo que se podrá, en su caso, es recusar a los miembros de la Comisión, que es lo previsto en el art. 10 del Reglamento de la Comisión de Mercado de las Telecomunicaciones”.

Por ende, no cabe esa recusación, por demás, inaudita en toda nuestra legislación. Además estaba previsto en el reglamento de la CMT como sabemos. Asimismo, en relación con las “formalidades”, que pueden ser capitales en un arbitraje común, también pasan aquí a un segundo plano.

Aquí, sutilmente, la Sala, tras recordar que el momento de formular este tipo de oposiciones es en el momento de presentar la contestación a la reclamación –lo que no se había hecho tempestivamente– añade con claridad:

“Olvidando que por disposición legal el ejercicio de la función arbitral por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones no tiene carácter público, Sogecable recurrió en reposición el Acuerdo–Laudo de 24 de febrero de 2005, recurso de reposición que fue inadmitido por resolución de la Comisión del Mercado de las telecomunicaciones de 14 de abril de 2005, donde en su fundamentación ya se le hizo ver a Sogecable que la vía adecuada para impugnar el Acuerdo–Laudo era acudir a la acción de anulación, como así ha hecho, sin que apreciemos que se le haya causado indefensión alguna”.

Como vemos, nos encontramos ante arbitraje. No ante una resolución de un órgano administrativo impugnabile por la vía contenciosa; por lo que cabría acción de anulación conforme al art. 41 LA 2003. Y resuelto así un tema que, sin embargo, fue utilizado de forma recurrente, como vamos a tener ocasión de comprobar.

Veamos esta corroboración de la competencia de la Sala de lo Civil y por ende de la falta de competencia de la Sala de lo Contencioso, en Sentencia del Tribunal Supremo.

En efecto, ya ante el Tribunal Supremo, (Sala de lo Contencioso–Administrativo, Sección 3ª) Sentencia de 16 enero 2008), Ponente Excmo. Sr. Manuel Campos Sánchez–Bordona, vuelve a enfrentarse con el arduo tema de la jurisdicción, resuelto, adelantamos ya, en la línea correcta de considerar incompetente a la jurisdicción contenciosa–administrativa por ser un arbitraje de derecho privado por mucho que administrado por un órgano administrativo.

Se trata asimismo de un arbitraje ante la CMT, instado en este caso la cuestión sobre la admisibilidad por Sogecable, primero ante la Audiencia Nacional (Sección Octava) y luego en casación ante el Tribunal Supremo. La Audiencia Nacional, se había declarado incompetente mediante Auto, contra el que recurre el operador de telecomunicaciones en un caso que conflictuaba con un operador regional (Telecable de Asturias. SAU).

Como indica el Antecedente Primero de la Sentencia, *“Sogecable, SA” interpuso ante la Sala de lo Contencioso–Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso Contencioso–Administrativo*” y el objeto contra el que dirigía su acción era las resoluciones del Consejo de la CMT de admitir arbitraje entre ambos contendientes y la decisión sobre admisión de pruebas. Naturalmente solicitaba la anulación de ambas resoluciones dictadas por el Consejo de la CMT.

Como antecedente, indica la Sentencia (Antecedente Sexto): “Por auto de 20 de octubre de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso–Administrativo de la Audiencia Nacional acordó “estimar la causa de inadmisión del recurso consistente en la falta de jurisdicción de esta Sala, por ser competencia de la jurisdicción civil”. Y tras la denegación del recurso de súplica, se elevaron los autos a la casación.

El Auto de la Audiencia Nacional, había afirmado su falta de competencia, al mismo tiempo que reprochaba al recurrente que, al igual que en otros asuntos, no cabía la invocación en esta fase de aplicar la doctrina de los actos separables. Y ello es corroborado por el Tribunal Supremo, que indica que la jurisdicción competente para dilucidar los posibles obstáculos de la relación arbitral, es la civil:

“Admitir en este caso la “separabilidad” (y consiguiente impugnabilidad ante la jurisdicción Contencioso–Administrativa) del “acto” mediante el cual la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, como árbitro independiente, se limitaba a resolver determinadas excepciones procesales surgidas en el seno del conflicto (asimismo arbitral) suscitado entre “ Sogecable, SA” y otro operador sería tanto como introducir, además, un elemento distorsionador del propio procedimiento arbitral. La controversia que las partes en un arbitraje puedan entablar respecto de cualquiera de los obstáculos a su juicio existentes para la validez de la relación arbitral, del laudo o de las decisiones previas a él que tengan su misma naturaleza, queda encomendada al orden jurisdicción civil.”

En dicho Auto de la Audiencia Nacional se recogía la doctrina por la que rechazaba el argumento de los actos separables:

“La tesis del recurrente sobre los actos separables referido a la resolución impugnada no puede tener acogida por las siguientes razones:

a) La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para poder desempeñar su función arbitral con sujeción al derecho privado no precisa decidir sobre la inhibición de su condición de órgano administrativo que ejerce potestades de esa misma naturaleza, y por tanto sujetas al Derecho administrativo. Es la propia Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, art. 1.dos.2.a), la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones, art. 48.3.a), y el Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, arts. 4 a 17, los que determinan que en su actuación arbitral la CMT, aún actuando como órgano administrativo, como Administración Pública, lo hace con sujeción al derecho privado, concretamente para este caso a la Ley 36/1988,

de Arbitraje, y no con sujeción al Derecho administrativo. Es, en definitiva, la Ley la que decide que la CMT en el ejercicio de su función arbitral actúa despojada de sus potestades administrativas.

b) Para la válida constitución de una concreta relación procesal arbitral en la que el árbitro es la CMT tampoco es preciso que ésta ejerza ninguna potestad administrativa. El hecho de tener que comprobar que se dan los presupuestos generales para la válida constitución del arbitraje previstos en su Ley reguladora, entre ellos el de la competencia objetiva y la existencia del previo acuerdo de las partes, no supone tampoco una actuación sujeta al Derecho administrativo, aunque para hacer esta comprobación la CMT no deje de ser Administración Pública, que no deja de serlo en ningún caso, sino que supone actuar como tendría que hacerlo cualquier árbitro, con sujeción a la Ley de Arbitraje.

Vemos así que en la decisión de la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones no existe esa doble faz de la que habla el recurrente como presupuesto habilitante de la jurisdicción de este Tribunal. La alegación debe ser rechazada”.

La novedad, frente a planteamientos ya conocidos que hemos examinado en el estudio de la anterior Sentencia, es que aquí se pretende incorporar la doctrina de los actos separables (a cuyo examen remitimos *ut infra*).

Ello por cuanto, la CMT no tiene que negarse a sí misma, ni transformarse para poder arbitrar. Sigue siendo un organismo administrativo y conserva intactas sus potestades propias de este orden. Hará un arbitraje ordinario, pero lo hace como Administración, que como sabemos (por ejemplo en consumo, transportes, energía...) es una opción perfectamente lícita del legislador. Si éste decide, como es el caso, que cabe que arbitre un organismo administrativo y de conformidad con la legislación de arbitraje, nada puede impedirlo, ningún obstáculo serio se daría. La clave está en que lo disponga una Ley y aquí lo disponía la Ley General de Telecomunicaciones y, por remisión, el Reglamento de la propia CMT. No hay nada que separar; no existe un engarce preciso y directo entre las potestades que pueda ejercitar como Administración y las que puede llevar a cabo como Árbitro, que confluyen en su seno, siendo cada una de ellas, respectivamente, una manifestación de su consideración como poder público sometido a Derecho y su característica esencialidad como árbitro independiente. Se superponen sin cuestionamiento alguno por obra de la Ley, que como sabemos ya por el extenso estudio de jurisprudencia constitucional, puede perfectamente encargar el arbitraje a una Administración. En el primer caso, potestades típicas, estará sujeto al Derecho administrativo y en el segundo, despojado por completo de esa vestimenta, actuará sometido a la Ley de Arbitraje.

Y no cabe entrar a valorar la supuesta vulneración de un derecho fundamental (tutela judicial efectiva), porque esta se ha visto satisfecha con el Auto que inadmite el recurso. Como dice el Fundamento Cuarto de esta Sentencia de Casación:

“... de la jurisprudencia constitucional de la que resulta que el derecho a la tutela judicial efectiva no requiere en todo caso una resolución de fondo pues también queda satisfecha con la obtención de una resolución de inadmisión, que impide entrar en el fondo de la cuestión planteada, si esta decisión se funda en la existencia de una causa legal que así lo justifique aplicada razonablemente por el órgano judicial. Y ello porque al ser el derecho a la tutela judicial efectiva un derecho de configuración legal, su ejercicio y prestación están supeditados a la concurrencia de los presupuestos y requisitos que en cada caso haya establecido el legislador, que, claro es, no puede fijar obstáculos arbitrarios que impidan la tutela judicial garantizada constitucionalmente [...] Si falta uno de estos presupuestos, en particular el referido a la jurisdicción, el tribunal Contencioso-Administrativo no podrá restaurar los derechos fundamentales pretendidamente vulnerados por la resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, y tampoco incurrirá en vulneración de derecho fundamental alguno por no entrar a conocer el fondo del asunto”.

Y determina el Fundamento Séptimo de la Sentencia:

“A partir de estas premisas, la decisión de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, favorable a “admitir la reclamación arbitral” de un operador (“Telecable de Asturias, SAU”) pese a la oposición de otro (“Sogecable, SA”) no puede calificarse como un acto administrativo separable dentro del procedimiento arbitral “privado” sino como una singular –y expresamente prevista en la Ley– actuación “procesal” del árbitro que, con carácter previo a la resolución de las demás cuestiones, rechaza las excepciones opuestas por la parte demandada en el procedimiento arbitral”.

Por lo demás, el recurrente insiste en que se ha vulnerado su derecho fundamental, así como que no existía convenio arbitral, algo que se resuelve con toda claridad, sin perjuicio de las matizaciones ya indicadas sobre la presunción de aceptación del marco general determinado por el Acuerdo del Consejo de Ministros en cuanto se acepta el correspondiente plan.

No cabe pues admitir el recurso ante la jurisdicción contencioso administrativa y todo lo concerniente al arbitraje ha de llevarse por el cauce procesal previsto en la Ley de Arbitraje.

Por eso concluye en este apartado la Sentencia, indicando:

“La actuación arbitral, que culminará normalmente en el laudo dictado en el ejercicio de dicha función, sigue en estos casos el mismo régimen jurídico que la llevada a cabo por cualquier árbitro y los laudos que emitan dichos organismos están sujetos al mismo régimen de impugnación que todos los demás (ante la jurisdicción civil)”.

Finamente, el Ponente, actual Abogado General ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, indica, con una admonición que ya indicamos acabaría haciendo su aparición:

“La función arbitral “privada” que pueden asumir los denominados “organismos reguladores” debe distinguirse –y no siempre se hace con la suficiente claridad– de la que compete a esos mismos organismos para determinar, en caso de conflicto entre los operadores (por falta de acuerdo sobre problemas de compartición de redes, de interconexión o similares), medidas ejecutivas con fijación de las condiciones correspondientes que suplan aquel acuerdo. No se trata, en estos últimos supuestos, de un arbitraje voluntario sujeto a la Ley 60/2003, de Arbitraje, sino de una función pública determinada por la necesidad de preservar los intereses generales subyacentes en la regulación de cada sector, cuyo ejercicio se traduce en una decisión estrictamente administrativa, con fuerza de obligar, impugnante ante la jurisdicción Contencioso–Administrativa

Por el contrario, cuando las leyes hacen referencia al arbitraje “privado” (más propiamente, excluyen el carácter público de la función arbitral) que determinados organismos reguladores pueden llevar a cabo, se limitan a ofrecer cobertura suficiente para el desempeño por estos nuevos organismos de una función arbitral “clásica” enmarcada en la Ley 60/2003. La actuación arbitral, que culminará normalmente en el laudo dictado en el ejercicio de dicha función, sigue en estos casos el mismo régimen jurídico que la llevada a cabo por cualquier árbitro y los laudos que emitan dichos organismos están sujetos al mismo régimen de impugnación que todos los demás (ante la jurisdicción civil).

Aun cuando no coincidente del todo con el denominado “arbitraje institucional” al que se refiere el art. 14.1 de la Ley 60/2003 (pues en él se prevé que las partes encomienden a determinadas instituciones la “administración” del arbitraje y la “designación de árbitros”, mientras que en las figuras como la de autos es la propia corporación quien asume el papel de árbitro), esta modalidad de arbitraje, al que las leyes han querido expresamente negar su carácter público, se somete enteramente al régimen privado y, en concreto, a las disposiciones de la Ley 60/2003. El art. 1.3 de dicha Ley dispone que su contenido será de aplicación supletoria a los arbitrajes previstos en otras leyes.”

En resolución pues, esa impugnación, como vemos primero en la jurisdicción civil y ahora, en la más alta sede judicial, el Tribunal Supremo, en su Sala Contencioso Administrativa, impone definitivamente que las decisiones de la CMT al aceptar el trabado de la

pretensión arbitral (hoy CNMC) sean genuinamente supuestos de arbitraje y solamente puedan examinarse, vía acción de anulación, ante la jurisdicción civil.

6. Intervención de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia

A) Perfiles de la nueva ordenación

Con ello llegamos a la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones que ya incorpora, asimismo, las previsiones recogidas en la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia.

Se entra de lleno ya en el ámbito de una Europa intercomunicada, con intensificación en la exigencia de implantación de su mercado interior, con una demanda sostenida por los particulares y empresas de conexión inmediata⁶⁰⁹. La innovación y crecimiento asociado al sector, es simplemente, de enorme magnitud.

De acuerdo con las Directivas de la Unión Europea, la Ley se refiere a las funciones de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, que en su calidad de autoridad nacional de regulación independiente, en todo caso ejercerá aquellas relacionadas... con la resolución de conflictos entre operadores, (Exposición de Motivos de la Ley).

⁶⁰⁹ España se ha convertido en el país con más «smartphones» por habitante del mundo junto a Singapur: el 92% de los españoles dispone de al menos uno de estos dispositivos, lo que supone un 4 por ciento más que el año pasado.

Según un estudio de la plataforma online “Back Market”, el número de españoles que cuentan con un móvil inteligente se ha duplicado en los últimos cinco años. En España, los usuarios de Internet han aumentado en 2 millones, lo que supone ya el 85% de la población. Además, casi el 60% de los ciudadanos utiliza las redes sociales al mes, un 8% más que el año anterior.

Hootsuite, plataforma de administración de redes sociales, ha publicado hoy el informe ‘Digital en 2018’ sobre Internet y redes sociales en el mundo donde se destaca que Internet ha superado la cifra de los 4.000 millones de usuarios, lo que supone que más de la mitad de la población está conectada.

El informe analiza los comportamientos en la red en 239 países, entre ellos España, donde en el último año han aumentado en 2 millones los usuarios de Internet, lo que supone el 85% de la población. Además, un 8% más de ciudadanos utiliza las redes sociales y a diario los españoles pasan casi 5,5 horas online, de las cuales más de 100 minutos son en las redes sociales (Febrero 2018)

En la Exposición de Motivos de la Ley, se lee: La Agenda Digital para Europa, principal instrumento para el cumplimiento de los objetivos de la Estrategia Europa 2020, persigue que para 2020 todos los europeos tengan la posibilidad de acceder a conexiones de banda ancha a una velocidad como mínimo de 30 Mbps, y que, al menos, un 50 % de los hogares europeos estén abonados a conexiones de banda ancha superiores a 100 Mbps. Estos objetivos han quedado incorporados a la agenda digital española, aprobada por el Gobierno en febrero de 2013. Para ello, según estimaciones de la Comisión Europea, se deberá invertir hasta dicha fecha una cantidad comprendida entre los 180.000 y 270.000 millones de euros. Se calcula que en España serán necesarias inversiones del sector privado por valor de 23.000 millones de euros.

Estas inversiones pueden tener un gran impacto económico y social. La Comisión Europea estima que, por cada aumento de la penetración de la banda ancha en un 10 %, la economía (PIB) crece entre el 1% y el 1,5%. A su vez, la OCDE considera que un incremento del 10% de penetración de banda ancha en cualquier año implica un incremento del 1,5% de la productividad durante los siguientes 5 años.

Asimismo, como ha señalado la Comisión Europea, el despliegue de redes ultrarrápidas puede tener un importante impacto en la creación de empleo, estimándose que la innovación podría generar 2 millones de empleos para 2020, incluidos trabajos en sectores relacionados, como la provisión de contenidos o la fabricación de equipos.

Veremos que, además, y con la equidistancia que ya sabemos procede de la anterior ley, asimismo procederá al arbitraje genuino distinto de la resolución de conflictos que ofrece la propia Ley.

Estos conflictos son de naturaleza amplia, ya que incluyen, además de los que ya conocemos, el logro del objetivo de garantizar la unidad de mercado, facilitar la instalación y despliegue de redes y la prestación de nuevos servicios. La Ley incorpora los mecanismos necesarios de cooperación y resolución de conflictos, que se estiman cara y cruz de la misma moneda, dado que ya en esta época, y consecuencia precisa de la legislación anterior, sucede que las Comunidades Autónomas disponen de instrumentos y medios para desarrollar determinados aspectos de ejecución de esta legislación. Con la consecuencia de que los conflictos pueden hacer su aparición.

La CNMC actúa como Autoridad Nacional de Reglamentación de Telecomunicaciones (si bien no es la única Autoridad, ya que lo son también el Gobierno, y los órganos superiores y directores ministeriales del Departamento encargado de ejercer las potestades sobre el sector).

En el caso de los conflictos entre operadores –hay que insistir, diferentes del arbitraje pese a que la solución material tenga muchos rasgos coincidentes con esta institución– sí que se estima conveniente comprobar el exacto cumplimiento de tales resoluciones y así se atribuye como potestad específica de las Autoridades Nacionales de Reglamentación. Para ello, entre otras funciones, incluirá el uso de las normas o especificaciones técnicas, aspecto que en la solución de estos conflictos puede alcanzar un grado importante de exigencia.

Así lo establece el art. 15 que establece el carácter vinculante de las resoluciones de la CNMC en caso de conflictos de acceso e interconexión. Y lo confirma el art. 37.6, (Acceso a las infraestructuras susceptibles de alojar redes públicas de comunicaciones electrónicas), 38.3 (Acceso o uso de las redes de comunicaciones electrónicas titularidad de los órganos o entes gestores de infraestructuras de transporte de competencia estatal.);

Hay que decir que tiene interés que en este mismo precepto se prevea el caso de conflictos interfronterizos en los que una parte está radicada en otro Estado de la Unión Europea, supuesto en que, si se lo solicita alguna de las partes, la CNMC coordinará las gestiones para lograr la solución del conflicto. Y para lograr el arreglo, se puede solicitar del ORECE⁶¹⁰ comunitario un dictamen, que no será vinculante pero que en la práctica se concibe como “quasi vinculante” ya que será difícil apartarse del mismo. Así lo viene a reconocer con curiosa expresión la propia Ley (Art. 15. 2 in fine):

“Cualquier obligación impuesta a una empresa por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en la resolución de un litigio deberá tener en cuenta en la mayor medida posible el dictamen adoptado por el ORECE.”).

En definitiva, los conflictos se solventan en la línea antes indicada de semejanza pero distancia del arbitraje.

Hay que indicar que existen numerosas resoluciones de la CNMC precisamente dirigidas a resolver estos conflictos mediante la alternativa que supone este medio previsto legalmente.

Estos conflictos se rigen por lo dispuesto en la propia Ley General de Telecomunicaciones, la Ley de Defensa de la Competencia y de creación de la CNMC, y finalmente, en lo

⁶¹⁰ Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas

no previsto, por la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

En la Ley 3/2013, se establecen todos los supuestos en que cabe la resolución por la CNMC.

“Art. 12. *Resolución de conflictos*. 1. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia resolverá los conflictos que le sean planteados por los operadores económicos en los siguientes casos:

a) En los mercados de comunicaciones electrónicas, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia resolverá los conflictos que se susciten en relación con las obligaciones existentes en virtud de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, y su normativa de desarrollo, entre operadores o entre operadores y otras entidades que, de conformidad con lo establecido en la citada Ley, se beneficien de las obligaciones de acceso e interconexión, de acuerdo con la definición que se da a los conceptos de acceso e interconexión en el Anexo II de dicha Ley. En particular, resolverá:

1.º Los conflictos en materia de acceso, interconexión e interoperabilidad derivados de obligaciones que en su caso resulten de las actuaciones a que se refieren los apartados 3 y 4 del art. 11 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, así como de las obligaciones específicas a que se refiere el art. 13 de dicha Ley.

2.º Los conflictos entre operadores en relación con la forma de sufragar los costes que produzca la conservación de los números telefónicos a que se refiere el art. 18 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre.

3.º Los conflictos entre operadores en relación con las condiciones de uso compartido a que se refiere el art. 30 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre.

4.º Los conflictos que se produzcan entre prestadores de servicios de consulta telefónica y operadores de redes públicas telefónicas fijas, de acuerdo con la Orden CTE/711/2002, de 26 de marzo, por la que se establecen las condiciones de prestación del servicio de consulta telefónica sobre números de abonado.

5.º Los conflictos que surjan sobre las condiciones en las que se ofertará el servicio mayorista de acceso a bandas de frecuencias de conformidad con el art. 4.6 del Real Decreto 458/2011, de 1 de abril, sobre actuaciones en materia de espectro radioeléctrico para el desarrollo de la sociedad digital.

6.º Los conflictos en materia de itinerancia.

7.º Los conflictos transfronterizos entre prestadores de redes o servicios de comunicaciones electrónicas en el que una de las partes esté radicada en otro Estado miembro de la Unión Europea, a que se refiere el art. 14.2 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre.

8.º Los conflictos que sobre la gestión del múltiple digital surjan entre los prestadores de los servicios de comunicación audiovisual.”.

Son decenas los conflictos resueltos, como puede fácilmente comprobarse en la base de datos de la CNMC.

Prácticamente todos comienzan con la siguiente indicación:

“Con fecha XX del mes YY de 20ZZ, mediante escrito de la Directora de la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual (DTSA) se comunicó el inicio del procedimiento administrativo para resolver el conflicto de interconexión planteado por AAA frente a BBB, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 4, 21.3 y 21.4, párrafo segundo, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), concediéndose a ambos operadores un plazo de diez días para que alegaran lo que tuviesen por conveniente y aportaran los documentos que consideraran oportunos”.

Y habitualmente, se indica:

“Por otra parte, por ser necesario para el examen y mejor conocimiento de los hechos, al amparo de lo dispuesto en el art. 75.1º de la LPAC, se requirió determinada información a AAA y BBB”.

Todos ellos, genéricamente, concluyen con la siguiente formulación de oferta de recursos en lo que constituye una verdadera cláusula de estilo:

“... notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que pueden interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.”

B) Características de esta modalidad arbitral

La cuestión consiste en conocer si se trata de un arbitraje privado administrado por un órgano administrativo: la CNMC. Previamente a la creación de esta institución, los arbitrajes eran administrados por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT), que se integró en la actual CNMC, que fusionó la CMT con otros órganos como la CNC (Comisión Nacional de Competencia) la CNE (Comisión Nacional de la Energía). Se trata de una formulación basada en una legislación sectorial, que no hace referencia a la Ley de Arbitraje. Recordemos muy al caso, la admonición realizada por el Tribunal Supremo en la Sentencia últimamente citada y que es válida asimismo en esta nueva legislación.

En efecto, es habitual utilizar la siguiente cláusula de competencia, indicando:

“Único. Habilitación competencial de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y ley aplicable. Las competencias de la CNMC para intervenir resultan de lo dispuesto en la normativa sectorial. Tal y como señala el art. 6.5 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC (LCNMC), corresponde a la CNMC “realizar las funciones atribuidas por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, y su normativa de desarrollo”.

La LGT otorga a la CNMC competencias para intervenir en las relaciones entre operadores y en los conflictos que surjan en los mercados de comunicaciones electrónicas, tal como se prevé en sus arts. 12.5, 15 y 70.2, letras d) y g).

De forma adicional, los artículos 6.4 y 12.1.a) de la LCNMC disponen que la “*Comisión es competente para la resolución de conflictos entre operadores*”.

Todo se queda pues dentro del ámbito genuinamente administrativo, como fórmula ya conocida de actuación semejante a la arbitral pero sin someterse a la legislación propia del arbitraje, sino someter toda la actuación a la ley de procedimiento administrativo, de forma que esta actuación responde a lo que la propia Exposición de Motivos indica, al decir: “Las funciones que la Comisión ejercerá sobre los citados sectores han sido tradicionalmente desempeñadas por los organismos reguladores sectoriales, por requerirse la independencia respecto de los intereses públicos que pudiesen confluir. En particular, abarcan funciones de supervisión y control, así como funciones de resolución de conflictos, más *amplias y flexibles* que las de mero arbitraje”.

Sin entrar a criticar la exactitud y alcance de tal afirmación, resulta difícil afirmar, con los datos ofrecidos por la legislación de telecomunicaciones y de procedimiento administrativo, que nos encontremos con un procedimiento más flexible que el arbitraje propiamente dicho. Arbitraje que, por cierto, tiene concedido en otro ámbito, la propia CNMC, como examinamos más adelante (art. 5 Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia) y el Reglamento de desarrollo de la norma, RD 657/2013, que al englobar todos los organismos sectoriales, luego redistribuye las funciones entre los mismos, dispone que entre las funciones de la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual estará

“Emitir informe en las actuaciones arbitrales previas al laudo arbitral en las materias previstas por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, así como su normativa de desarrollo”.

Ciertamente es una actuación equilibrada, sometida sin embargo a un riguroso procedimiento propiamente administrativo que tiene sus cauces insoslayables, y cuya evitación implicaría eventualmente la nulidad o anulabilidad del acto final logrado a través de los mismos.

En realidad existe un conflicto entre partes con ciertas connotaciones públicas y ahí, con discrecionalidad basada en el conocimiento y la experiencia, se realiza un veredicto material, en lo que sería una sustitución, como ya conocemos, de otros medios (como recursos). Porque si bien es cierto que lo que se presenta es un conflicto entre operadores, lo que acaba resolviendo la CNMC en múltiples ocasiones no es solamente el caso concreto, sino que se piensa en términos de doctrina más general. De ahí que sea frecuente indicar:

“Además, existe un interés general en la resolución de la discrepancia entre los operadores, que va más allá de la relación privada entre ellos, al afectar también a los usuarios finales...”

por ejemplo, entre otras muchas, Cft/Dtsa/008/18/11811 Nit Vs Vodafone Locución Números Cortos Sala de Supervisión Regulatoria. Resolución de 3 de abril de 2019).

En resolución pues, podemos afirmar nos encontramos, también en esta Ley y en línea de continuidad con una saga legislativa que quiere abundar en esta posición, ante un supuesto de resolución de conflictos administrativa que no es arbitraje. Se concibe como una facultad resolutoria entre partes con atención al interés general además del propio de los contendientes en conflicto y que se resuelve mediante la aplicación por la CNMC de normas administrativas, materiales y procedimentales, lejanas a la propia ley de arbitraje.

Se ofrece una solución equilibrada entre partes, de manera que si se admite, como hemos indicado, que cabe una solución arbitral material, que se sigue por cauces que determinan que en ejercicio de una básica discrecionalidad administrativa, basándose en criterios legales, reglamentarios, pero asimismo de experiencia, resuelve con esa “justicia del cadí”⁶¹¹. Es decir, como órgano experto pero dentro de un procedimiento puramente administrativo que desembocará a través del cauce reglamentario en una resolución típicamente acto administrativo recurrible en términos ordinarios ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Una sustitución en un conflicto, que al final pudo plantearse directamente mediante la clásica denuncia y eventual solución por la vía tradicional administrativa, pero que con inteligencia y buen sentido, la Ley reconduce a un procedimiento materialmente arbitral.

Veamos brevemente que cabe decir sobre el arbitraje propiamente dicho en esta Ley de 2014, del que, advertimos apenas hay referencias.

⁶¹¹ Tomo la referencia de esta expresión de Eduardo García de Enterría, quien la utiliza precisamente para oponer la justicia del juez contencioso a la ponderación más o menos libre, en definitiva, discrecional, con la que se actúa en otras soluciones a conflictos (y que a nuestro juicio puede ser, desde el arbitraje de equidad, la propia equidad tal como la define el Código Civil, y ahora, el caso presente en esta legislación de telecomunicaciones).

Vid. E. García de Enterría Martínez–Carande. “Observaciones sobre la tutela cautelar en la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso–Administrativa de 1998. ¿Tienen efectiva potestad de acordar tutela cautelar las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia y de Audiencia Nacional?”, *Revista de Administración Pública*, nº 151, 2000, pp. 251–28.

El art. 70, referido a las competencias que asume en esta legislación la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, indica:

“2. En particular, en las materias reguladas por la presente Ley, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ejercerá las siguientes funciones: m) Realizar las funciones de arbitraje, tanto de derecho como de equidad, que le sean sometidas por los operadores de comunicaciones electrónicas en aplicación de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.”

Hay aceptación pues de esta posibilidad y unido a la misma una remisión a la ley de defensa de la Competencia. A ella nos remitimos pues, tras constatar que el sector de las telecomunicaciones es resueltamente un ámbito propicio, incluso con impulso legal, para proceder a incluir el arbitraje como instrumento de resolución de controversias.

Una vez más, se excluyen tales supuestos de arbitraje voluntario y genuinamente arbitral, valga la redundancia, de ser objeto de calificación como infracción en el caso de incumplimiento de la resolución de la CNMC, potestad que se reserva para los conflictos entre operadores. Remitimos a lo ya indicado para evitar repeticiones.

Por último y en línea con lo indicado ya en los antecedentes históricos, cabe en términos prácticamente idénticos a los indicados lo que hace al arbitraje de consumo de los usuarios que acudan al mismo.

Se contempla en el art. 55 de la Ley, al indicar:

“Art. 55. Resolución de controversias.

1. Los usuarios finales que sean personas físicas tendrán derecho a disponer de un procedimiento extrajudicial, transparente, no discriminatorio, sencillo y gratuito para resolver sus controversias con los operadores que exploten redes o presten servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público, cuando tales controversias se refieran a sus derechos específicos como usuarios finales de servicios de comunicaciones electrónicas reconocidos en esta Ley y su normativa de desarrollo y de acuerdo con lo recogido en la normativa comunitaria.

A tal fin, el Ministerio de Industria, Energía y Turismo establecerá mediante orden un procedimiento conforme al cual, los usuarios finales que sean personas físicas podrán someterle dichas controversias, con arreglo a los principios establecidos en el apartado anterior. Los operadores estarán obligados a someterse al procedimiento, así como a cumplir la resolución que le ponga fin”

Finalmente, y en línea de lo que ya conocemos, indica el apartado final de este precepto:

“Lo establecido en el apartado anterior se entiende sin perjuicio del derecho de los usuarios finales a someter las controversias al conocimiento de las Juntas arbitrales de consumo, de acuerdo con la legislación vigente en la materia. Si las Juntas arbitrales de consumo acuerdan conocer sobre la controversia, no será posible acudir al procedimiento del apartado anterior”.

Preferencia que hunde sus raíces en una tradición legislativa de la que ya hemos dado cuenta.

Por su parte, escuetamente, Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual establece en la Disposición adicional tercera:

“Los prestadores de servicios de comunicación audiovisual, los productores audiovisuales, los proveedores de contenidos y los titulares de canales, podrán someter sus controversias al conocimiento del Consejo Estatal de Medios Audiovisuales o a los órganos que a tal fin creen las Comunidades Autónomas, en

el ejercicio de sus respectivas competencias, con sujeción a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje”.

Hasta ahora se desconocen los efectos prácticos de esta posible solución. Fue suprimido, pese a que existen propuestas de recuperación.

Es aquí, en este organismo supervisor complejo y completo, donde confluyen la legislación sectorial (telecomunicaciones, energía...) con la general de defensa de la competencia al haber absorbido la nueva organización CNMC, la totalidad prácticamente de los reguladores sectoriales.

Vemos pues, como conclusión principal, que existe propiamente un arbitraje en sentido estricto de la Ley de arbitraje, otorgado a la Administración Pública, que actúa en esta sede como un genuino árbitro. Algo que ciertamente es chocante para las mentalidades tradicionales, ya que, además de su novedad, supone colocar a la Administración ante un papel bifronte al colocarla en posición de resolver temas que la propia jurisprudencia indica que son cercanos al arbitraje y que hay que distinguir cuidadosamente del mismo. Nos referimos, claro está, a las soluciones extrajudiciales de conflictos, concretados principalmente en los accesos de terceros a la red y los supuestos de interconexión. En estos casos, está claro que la Administración resuelve un conflicto entre dos partes que acuden a la misma, normalmente por solicitud o denuncia de una de ellas, y la Administración, dentro de un procedimiento típicamente propio de las agencias y organismos de regulación, las llama a un procedimiento contradictorio, con aplicación del principio de igualdad, y en ejercicio de la prototípica dualidad les concede los comunes elementos de alegaciones, prueba, conclusiones, tal como prevé la legislación de procedimiento administrativo y la propia legislación de telecomunicaciones.

Pero en esta aplicación de resoluciones no arbitrales que, como *Pretor Peregrino* viene realizando en este sector, utiliza simplemente los poderes y potestades administrativas, con el cauce típico que el conducto procedimental le otorga. Sin embargo, aquí la Administración actúa más encorsetada, dentro del ámbito de la Ley de Procedimiento Administrativo. Sin la libertad inherente al árbitro. Excederse de ese mandato legal, podría conllevar nulidad de la resolución porque no es comparable en absoluto la libertad de los árbitros en búsqueda de la verdad, con las exigencias rígidas de procedimiento reguladas con carácter heterónomo en la Ley de procedimiento administrativo y en la legislación de telecomunicaciones.

Como señala la Sentencia 77/ 2016 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Penal y Civil, que luego vamos a examinar con mayor detalle en el siguiente epígrafe y que abunda en la mayor flexibilidad del arbitraje respecto del proceso civil (no digamos del contencioso):

“...la congruencia en el arbitraje tiene un matiz diferencial respecto del proceso civil cuando se atiende a dos características del arbitraje puestas de relieve desde antiguo por la jurisprudencia: la búsqueda de la verdad objetiva –con las consiguientes facultades para el árbitro de acordar prueba de oficio–, y la misión pacificadora inherente al arbitraje, que exige decidir suficientemente la controversia: de ahí, por ejemplo, la atenuación de la rigidez de la preclusión al conformar el *thema decidendi* en el procedimiento arbitral, por oposición a la que impera en la jurisdicción civil (v.gr., en tal sentido, siempre que se respete la contradicción, SAP Madrid, Sec. 12ª, de 28 de diciembre de 2005; SAP Badajoz, Sec. 3ª, de 17 de mayo de 2006); de ahí que la fijación del objeto del arbitraje no exija, ni muchísimo menos, la precisión del suplico de una demanda, ni tenga los límites temporales para su determinación previstos en la LEC (v.gr., art. 401); y de ahí también la frecuencia con que, al cumplir su función pacificadora, los árbitros hayan de integrar, ampliándola, la causa debatida, en orden a decidir suficientemente sobre ella, analizando, por ejemplo,

aspectos que sea consecuencia lógica de la pretensión formulada aun no cuando no hayan sido alegados de forma explícita”.

Como vemos, la introducción del arbitraje administrativo, esto es, la posibilidad legal de atribuir a la Administración Pública la posición de árbitro, desempeñando su papel como tal, lo que supone que realiza una función mucho más amplia que la propiamente administrativa, dado que en ésta sus potestades están limitadas al estrecho cauce reglamentario. Esta posición arbitral, mucho más flexible, práctica, concreta, implica por de pronto, una posibilidad de acercamiento mucho más práctica y alejada del unilateralismo que implica el acto administrativo.

Si comparamos ambos sistemas, la resolución de conflictos y el arbitraje, y aquí tenemos un buen banco de pruebas para hacerlo, procede indicar que el arbitraje coloca a la Administración en una posición diferente a la habitual, a la que tiene que ocupar en aplicación de las leyes que regulan el procedimiento administrativo. Y sorprendentemente, la experiencia que aportamos a través de estas Sentencias, demuestra que el resultado es positivo, factible, práctico y con buen resultado; los funcionarios de la CMT –y será aplicable a los de la CNMC como vamos a tener ocasión de comprobar– han sido capaz de adaptarse, de proceder a una interesante reconversión de su papel tradicional, logrando simultáneamente, tanto actuar con sagacidad en lo que concierne a la aplicación simultánea de las exigencias legales en torno a las potestades de supervisión, fiscalización, vigilancia, como en lo que atañe a su papel y posición como árbitros. Y han salido airoso del desempeño, como comprobamos en la favorable consideración que las Sentencias hacen sobre este particular. Lo que es una muestra que anima a impulsar este posicionamiento de las Administraciones Públicas en otros sectores. Si bien, algunos de ellos, como energía, de momento se han quedado en la fase de resolución administrativa de conflictos y de arbitraje exclusivamente en lo que hace al consumo.

II. Arbitraje de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

1. Significación de la existencia de un organismo único regulador

Como hemos indicado, al coincidir ahora los diferentes sectores en el orden regulatorio en un organismo único, la denominada Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC). Tras la Ley de 2007 de Defensa de la Competencia (Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia), quedaba incólume el aparato administrativo y la organización de competencia, que se centraba en el Tribunal de Defensa de la Competencia.

Con posterioridad a las elecciones de 2011, existían diferentes organismos reguladores que se agruparon en la CNMC como dice la Exposición de Motivos de la Ley de creación de la CNMC:

“Desde 2011 ha crecido notablemente el número de estos organismos. Hasta entonces eran cinco: Comisión Nacional de Energía, Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, Comisión Nacional de la Competencia, Comité de Regulación Ferroviaria y Comisión Nacional del Sector Postal. La Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, previó la constitución de un sexto, el organismo regulador del sector del transporte. Más tarde, se aprobó la creación de la Comisión Nacional del Juego y la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria. A ellos hay que unir el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales, regulado en la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual”.

Ello justificó formalmente la unificación, siguiendo en parte el modelo de los Países Bajos, en torno a un solo regulador, indicándose que se evitarían conflictos y que se abaratarían los costes de mantenimientos, si bien como apuntó la literatura especializada, no fue ajeno a este movimiento el dato de que en todos esos organismos reguladores estuvieran nombrados a última hora, expertos procedentes del partido político perdedor de las elecciones⁶¹².

Para remodelar el sector, se modificó la Ley de Defensa de la Competencia, pero sólo en su parte orgánica, permaneciendo en pie el resto del texto. Y así mediante la incorporación de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia se une a esta modificación el texto tradicional de la ley de defensa de la competencia de 2007, que modificó la Ley 16/1989 con la que se inauguró un sistema moderno de defensa de la competencia en España.

Al absorber la totalidad de los órganos reguladores, se les aplicará a todos ellos, en la medida en que se encuentren incursos los operadores en situaciones de conflicto, las posibilidades de arbitraje, siempre que el punto de conexión sea el Derecho de la Competencia⁶¹³.

La dualidad entre arbitraje y solución de conflictos permanece inmune a los cambios.

Así los arbitrajes no es la única función resolutoria –ya o hemos visto respecto a telecomunicaciones– de la CNMC. También disponen en su exposición de motivos que

⁶¹² S. M. Ortiz Laverde. *Entre regulación y competencia: revisión institucional de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia CNMC*, Tesis doctoral Universidad Complutense de Madrid (2014). Tesis en acceso abierto en: E-Prints Complutense. De la misma autora, “Apuntes sobre la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de España”, *Revista Digital de Derecho administrativo*, nº. 14, 2015 (Ejemplar dedicado a: Julio-Diciembre), pp. 237–25.

⁶¹³ En la normativa sectorial – Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico – Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos – Normativa Transporte y – Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del sector ferroviario, el arbitraje existente es el referido a consumo. De ahí que solamente si se entra en competencia pueda hacer su aparición la cláusula general. Existe una aportación del sector postal, Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal, en la que se recupera la posibilidad de arbitrar y conflictuar, además de los supuestos de derecho de la competencia.

desarrollarán “*funciones de resolución de conflictos, más amplias y flexibles que las de mero arbitraje*”. El arbitraje no tendrá carácter público y se conocerá así tras la eventual acción de anulación que interponga el vencido del arbitraje⁶¹⁴. Se regula en el art. 5 de la Ley 3/2013: que dispone, entre las funciones de la CNMC:

b) Realizar las funciones de arbitraje, tanto de derecho como de equidad, que le sean sometidas por los operadores económicos en aplicación de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, así como aquellas que le encomienden las leyes, sin perjuicio de las competencias que correspondan a los órganos competentes de las Comunidades Autónomas en sus ámbitos respectivos.

El ejercicio de esta función arbitral no tendrá carácter público. El procedimiento arbitral se regulará mediante Real Decreto y se ajustará a los principios esenciales de audiencia, libertad de prueba, contradicción e igualdad.

Y los arts. 14 y 20 de la Ley, otorgan al Consejo tanto las funciones de arbitraje como las de resolución de conflictos. *Nihil novum sub sole*, ya que prácticamente se recoge la lengua tradición que conocemos bien ya.

La Sentencia de 13 de julio de 2015 referida con anterioridad, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid es una de las que resultan conocidas tras la acción de anulación interpuesta por Gas Natural frente al laudo parcial dictado en un procedimiento arbitral administrado por la Corte de Arbitraje de Madrid. Y tiene especial interés porque confluye con una resolución de la CNMC dictada al amparo del art. 12 de la Ley 3/2013.

Enagás entendía que la materia era inarbitrable:

“En segundo término, aduce la demandante que la materia sobre la que recae la controversia no es disponible para las partes y no puede ser objeto de arbitraje, pues no es de naturaleza patrimonial: por el contrario, le resulta de aplicación la normativa vigente en la Unión Europea sobre las condiciones de acceso a las redes de transporte de gas natural, estando implicados intereses públicos y de terceros, puesto que la petición que GAS NATURAL formula a ENAGÁS de reducción de la capacidad inicialmente contratada afecta a la capacidad de interconexión de gas natural en un punto entre España y Francia, y al procedimiento de asignación coordinada del mismo, que, regulado por normas imperativas (v.gr., Reglamento UE 715/2009, de 13 de julio), no puede quedar al albur de la libre disposición de las partes; como tampoco sería una cuestión patrimonial susceptible de ser sometida a arbitraje, en tanto que disponible, la relativa a los ingresos derivados de las facturas correspondientes al “peaje de exportación con conexión

⁶¹⁴ Así puede leerse en la Memoria de la CNMC de 2016 (en 2017 y 2018 no hay ninguna referencia) : “Cabe destacar entre las mismas la Sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de septiembre de 2016 que estima el recurso de Gas Natural Comercializadora S.A. frente a la Resolución de la CNMC sobre el conflicto de acceso planteado por Enagas Transporte, S.A.U., al entender que, no concurriendo el presupuesto de congestión contractual, no resultande aplicación los procedimientos de gestión de la congestión previstos en el apartado 2.2 del Anexo I de la Decisión de la Comisión Europea de 24 de agosto de 2012 que modifica el Reglamento (CE) 715/2009. No obstante, la Sentencia reconoce forma categórica la competencia de la CNMC para resolver el conflicto planteado al tratarse de una cuestión relativa al contrato sobre acceso de terceros a la red de transporte aunque la cuestión suscitada no sea el derecho a acceder a la red de transporte sino precisamente la disminución de la capacidad reservada de quien ya tiene acceso a la red. Sostiene el carácter intervenido del sector gasista, y más en concreto de la actividad del transporte, respecto del cual es el ordenamiento el que determina las obligaciones y derechos de ENAGAS como gestor del sistema, ofreciéndole un estrecho margen de maniobra en las relaciones con quienes acceden a la red que gestiona y que, precisamente porque su relación con ellos no está sometida a la autonomía de la voluntad, no cabe entender comprometida en arbitraje la resolución de conflictos surgidos en unas relaciones jurídicas disciplinadas por el ordenamiento que se incorporan imperativamente al contenido contractual, no por iniciativa o bajo el dominio del gestor de la red. Lo anterior se resuelve en consonancia con la Sentencia de 13 de julio de 2015, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en la cual se rechaza que la controversia sobre la que trata este recurso sea susceptible de arbitraje.”

internacional “, a los que ENAGÁS, como Gestor de la Red de Transporte de Gas , debe dar el destino previsto en la normativa reguladora del sistema económico integrado del sector del gas natural.”

Y también defendía que la competencia residía en la CNMC al amparo de la Ley 3/2013:

“Finalmente, sustenta la recurrente su alegato de infracción del orden público, de entrada, en que la competencia para conocer de esta controversia está legalmente atribuida a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia –en adelante, CNMC– [art. 12.1.b).1º Ley 3/2013, de 4 de julio], la cual, en fecha 1 de abril de 2014, ha dictado “ Resolución del conflicto de acceso a la red de transporte interpuesto por ENAGÁS TRANSPORTE, S.A.U., contra GAS NATURAL COMERCIALIZADORA, S.A., en relación con la disconformidad con la respuesta de viabilidad negativa de aquélla a las solicitudes de reducción de capacidad realizadas por ésta “. En segundo término, destaca ENAGÁS que dicha Resolución favorable a sus pretensiones ha sido recurrida por GAS NATURAL ante la Sala de lo Contencioso–Administrativo de la Audiencia Nacional, dando lugar a los autos nº 242/2014, pendientes de resolución. En este sentido, aduce la demandante de anulación el riesgo de que tengan lugar decisiones contradictorias sobre el mismo asunto, que debe ser conjurado con la anulación de los Laudos impugnados.”

Por el contrario, Gas Natural consideraba que se trataba de una relación comercial privada y, por tanto, susceptible de arbitraje. Como así resolvía el Laudo parcial de 9 de octubre de 2014:

“Sobre esta base dogmática asienta el Laudo parcial su conclusión: “ cabe señalar que este conflicto en concreto es arbitrable porque se trata de dirimir una cuestión patrimonial (si en última instancia se deben unas determinadas sumas de dinero) y porque la resolución afecta única y exclusivamente a GAS NATURAL y a ENAGÁS. Que esto es así se desprende de lo solicitado por GAS NATURAL, que es que en suma declaremos que deben quedar sin efecto ciertas facturas que ENAGÁS le ha facturado o pueda facturarle en lo sucesivo.”

El Laudo, tras recordar que un asunto en el que el tribunal arbitral deba aplicar normas imperativas no es *per se* “inarbitrable” distingue entre las resoluciones de la CNMC como órgano administrativo de aquellas que dicta como institución arbitral:

“Las funciones atribuidas a la CNMC en esta materia por la propia normativa de la Unión y por la Ley 3/2013, claramente diferenciadas de sus funciones arbitrales, son indicio claro de la indisponibilidad de que hablamos. Es congruente con los intereses públicos implicados en la materia aquí controvertida que no se permita que el efecto relativo de los contratos condicione o modifique el procedimiento y la competencia para supervisar la observancia de las normas que garantizan esos intereses generales, desplazando el desempeño de inequívocas funciones públicas de control a favor de quienes la voluntad contractual tenga a bien pactar.”

Remitimos asimismo a lo indicado en cuanto a la naturaleza y alcance de estas dos funciones.

2. Desespeño de funciones arbitrales de conformidad con el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

Se desarrollan los aspectos más particulares en el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

En concreto, en su Art. 46 prevé la función arbitral:

“1. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia podrá desempeñar las funciones de arbitraje institucional, tanto de derecho como de equidad, que le encomienden las leyes y las que le sean sometidas voluntariamente por los operadores económicos en aplicación de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.

2. El procedimiento arbitral se ajustará a los principios de audiencia, prueba, contradicción e igualdad y se someterá a las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil o, en su caso, las que determine el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. También podrá preverse la existencia de un procedimiento abreviado atendiendo al nivel de complejidad de la reclamación y su menor cuantía.

3. Corresponde al Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia la administración del arbitraje, pudiendo cada una de las Salas, en atención a la materia objeto de la reclamación, designar árbitros y determinar los honorarios según los aranceles aprobados por el Consejo”

Notemos que cabe el arbitraje de Derecho y el de equidad, que ha de establecerse voluntariamente –rasgo de que es un verdadero arbitraje– a diferencia de lo que constituye mera resolución del art. 12 de la Ley 3/2013. Si bien ya sabemos que, en sectores regulados, puede ocurrir que la aceptación de un ámbito más general en el que esté involucrado el operador, puede concluir con la suposición de que tal voluntariedad se ha dado efectivamente.

Y, finalmente, además de los principios tradicionales, se apuesta por el Reglamento UNCITRAL como modelo, a salvo modificación de sistema que acuerde el Consejo de la CNMC. Pendiente se encuentra, todavía, el Reglamento de Arbitraje de la CNMC al que se alude, por ejemplo, en el art. 23 del RD 657/2013. Se cubren con estas normas las exigencias básicas del arbitraje. Los laudos que se dicten al amparo del Consejo de la CNMC serán, pues, revisables vía acción de anulación –y la siempre olvidada revisión de la LA 2003– lo que atribuye un rasgo definitivo de que se trata de un arbitraje genuino.

Los arbitrajes se tramitarán ante la Secretario del Consejo la Asesoría Jurídica de la CNMC *ex art.* 11 del RD 657/2013. Luego, los diferentes organismos sectoriales –Dirección de Telecomunicaciones y Sector Audiovisual, Dirección de Energía, Dirección de Transportes y Sector Postal etc.– asumen posiciones ancilares en el arbitraje administrado por la CNMC. En algunos casos, como la Dirección de Telecomunicaciones y Sector Audiovisual, será la emisión de un informe con carácter previo al laudo; en otras, como la Dirección de Energía, será directamente la intervención en el arbitraje⁶¹⁵.

3. Examen de la práctica arbitral

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 20 de diciembre del dos mil dieciséis, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) Sentencia nº 77/2016, se plantea acción de anulación del Laudo de 21 de junio de 2016, que dicta la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el procedimiento arbitral 3/2015 (*Telefónica de España, s.a.u. contra Orange Espagne, S.A.U.*).

El Laudo estimaba parcialmente las pretensiones de Orange:

⁶¹⁵ “Art. 23 e): *Intervenir en la tramitación de los procedimientos arbitrales en las materias previstas en por la Ley 54/1997, de 24 de noviembre y la Ley 34/1998, de 7 de octubre, de los sectores de electricidad y gas natural, así como su normativa de desarrollo, en la forma que determine el Reglamento de Arbitraje del Consejo de la Comisión.*”

“Uno. TELEFÓNICA no puede imponer a ORANGE la obligación consistente en que los dispositivos OTT-HD con los que se accede a los canales de televisión adquiridos a TELEFÓNICA en el marco de su oferta mayorista, se encuentren vinculados al hogar del cliente.

Dos. TELEFÓNICA debe entregar la señal de los canales adquiridos por ORANGE en el marco de la oferta mayorista, libre de toda publicidad relativa a los productos de la marca TELEFÓNICA, incluyendo las autopromociones directas o indirectas. En el caso de que TELEFÓNICA entregue a ORANGE una señal diferenciada respecto de la que entrega a sus clientes minoristas, tal y como sucede con los canales Abono Fútbol y Abono Fútbol 1, la eliminación de la publicidad y autopromociones de TELEFÓNICA no debe suponer un coste adicional para ORANGE.

Tres. En relación con los canales cuya retribución se fija por medio de un Coste Mínimo Garantizado, en la medida en que ORANGE no haya superado el número máximo de cuotas de abono mensuales por cliente residencial incluido en el Coste Mínimo Garantizado del (sic), ORANGE está sólo obligada, además de a comunicar mensualmente la no superación de dicho umbral de número máximo de cuotas, a remitir información sobre el número de abonados con una periodicidad trimestral.

Cuatro. ORANGE no está obligada a remitir a TELEFÓNICA una comunicación sobre las promociones y anuncios comerciales con carácter previo a su difusión al público, a fin de obtener su aprobación.”

Entre los diferentes argumentos empleados por Telefónica en su solicitud de anulación del laudo dictado por la CNMC, se encuentra que la CNMC no tendría que ser el árbitro, sino solamente la sede institucional del arbitraje y designar árbitros.

A juicio de Telefónica, no hacerlo así, supondría violar la imparcialidad de los árbitros y por ende incurrir en un vicio de orden público (art. 41.1.f de la Ley de Arbitraje). Y, al igual que hemos visto en Telecomunicaciones, aquí *ceteris paribus*, la operadora alega que como la CNMC había dictado un acto administrativo previo relacionado con el procedimiento, existirá colusión de intereses si la CNMC luego actúa como árbitro. Añade que la CNMC tiene una “intensa relación extraprocesal con las partes”, por lo que el conflicto de intereses estaría servido. E interpreta el art. 46.3 del RD 657/2013 diciendo que únicamente

“Corresponde al Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia la administración del arbitraje, pudiendo cada una de las Salas, en atención a la materia objeto de la reclamación, designar árbitros y determinar los honorarios según los aranceles aprobados por el Consejo”.

Y que mantener lo contrario supondría una confusión entre el papel público del organismo y el privado que le corresponde como árbitro en su caso.

En definitiva, Telefónica alegó que la CNMC se debe limitar a la administración del arbitraje y a designar a los árbitros. No actuar como tribunal arbitral. Lo cual es desestimado por el TSJ de Madrid:

“En segundo término, la interpretación literal del convenio que efectúa la CNMC es perfectamente razonable: ejercer como “órgano arbitral”, sin más aditamentos y restricciones, no tiene por qué ser entendido –y máxime en el contexto normativo expresado– como la mera encomienda de la gestión del arbitraje.

Pero es más –a mayor abundamiento lo decimos–: aunque únicamente se hubiese encomendado la administración del arbitraje, nada impediría –ni contravendría el convenio–, vistas las funciones que legalmente ostenta el Consejo de la CNMC, que éste, en el cometido que le asiste como institución también llamada a administrar los arbitrajes que se le confieren, nombrase como árbitros a los integrantes de su Sala de Competencia. Y es que, en el fondo, el motivo, tal y como se construye, ignora la virtualidad y trascendencia de una sumisión a arbitraje institucional.”

El hecho de que Telefónica hubiera aceptado durante el arbitraje la función arbitral (de tribunal arbitral) desempeñada por la CNMC coadyuvó a la desestimación de la acción de anulación del laudo. De lo que se deduce que no puede actuar contra sus propios actos para negar una función arbitral que aceptó hasta que se dictó un laudo condenatorio.

Sobre la colusión de intereses debido a la emisión de un acto administrativo previo, lo rechaza el TSJ con base en la atribución legal de esas dos funciones a la CNMC:

“Sin embargo, este alegato, que afirma la incompatibilidad in casu del ejercicio por la CNMC de dos funciones que la Ley le atribuye inequívocamente como no excluyentes, dado su carácter diferenciado, debería ir, precisamente por ello, acompañado de una justificación que en absoluto se da.”

Doble función que ya habíamos recogido en el apartado relativo a telecomunicaciones que había sido ampliamente aceptada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo *vid.* Sentencia del Tribunal Supremo de 16 enero 2008 [RJ 2008\899]).

Además, Telefónica indicó que al amparo de los apartados b) y d) del art. 41 Ley Arbitraje, la CNMC designó a los árbitros sin contar con la aquiescencia de las partes y que ni siquiera notificó esa designación con lo cual se le privó de la posibilidad de recusarles. Sin que al CNMC puede “arbitrar” al ser una persona jurídica. Lo que desestima el TSJ así:

“La Sala insiste en que no aprecia que “la designación de los árbitros no se haya ajustado al acuerdo entre las partes”. Cuando éstas —a propuesta de Telefónica y con aceptación de ORANGE— encomiendan el arbitraje a la CNMC lo hacen sin restricciones: lógicamente le están diciendo que laude —es órgano arbitral—, pero en el sobreentendido de que ha de hacerlo de la única manera que le es posible, esto es, observando su Ley reguladora y su Estatuto Orgánico, lo que lleva aparejado también el ejercicio de las funciones inherentes a la administración del arbitraje ... La CNMC, con transparencia plena, ha designado el órgano que ha de laudar —la Sala de Competencia—; la composición de ese órgano es igualmente diáfana y sus miembros gozan de un estatuto que preserva su independencia e imparcialidad (art. 22 L. 3/2013), y que condiciona su nombramiento al análisis de sus condiciones de capacidad (art. 15 L. 3/2013)..., entendiéndose producida su aceptación para laudar —la del órgano y la de las personas físicas que conforman su voluntad— por el Acuerdo de 26 de noviembre de 2015, en el que expresamente se hace constar la no concurrencia de circunstancia alguna que pudiera comprometer la independencia e imparcialidad de su actuación.”

Por ello, la Sala, terminantemente confirma:

“No existe la menor duda de que la normativa expuesta reconoce a la CNMC el desempeño de una función arbitral propiamente dicha, esto es, la tarea de dirimir como árbitro, de derecho o de equidad, las controversias que se le sometan... estando atribuida a la Asesoría Jurídica la tramitación de los procedimientos arbitrales [art. 11.2.c) Estatuto Orgánico”.

Por su lado, la propia Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje, recuerda expresamente:

“Esta Ley parte en la mayoría de sus reglas de que debe primar la autonomía de la voluntad de las partes. Mas esa voluntad se entiende integrada por las decisiones que pueda adoptar, en su caso, la institución administradora del arbitraje, en virtud de sus normas, o las que puedan adoptar los árbitros, en virtud del Reglamento arbitral al que las partes se hayan sometido. Se produce, por tanto, una suerte de integración del contenido del contrato de arbitraje o convenio arbitral que, por mor de esta disposición, pasa a ser en tales casos un contrato normativo. De este modo, la autonomía privada en materia de arbitraje se puede

manifestar tanto directamente, a través de declaraciones de voluntad de las partes, como indirectamente, mediante la declaración de voluntad de que el arbitraje sea administrado por una institución arbitral o se rija por un reglamento arbitral”.

Añadirá en línea de lo que ya conocemos de este caudal jurisprudencial, la exigencia de buena fe unida a no ir contra los propios actos.

En cuanto a la “*causa de inhabilidad*” de la CNMC por haber dictado actos administrativos que afecten a la operadora. Pero aquí no existe esa relación, “personal, profesional o comercial” que es la que determina la contradicción y eventual inhabilidad. Y lo que indica la operadora sobre el “interés ontológico” en que el Laudo se sesgue en un sentido determinado por ser la CNMC un órgano de competencia, resulta rebatible. Porque es evidente que el organismo siempre cumplirá con su misión, atender al Derecho, y dentro del mismo, como todos, al propio Derecho de la Competencia, sin que por ello exista algún sesgo desviado. Ni mínimamente desviado, al decir de la Sala.

Y añade:

“Aun cuando no coincidente del todo con el denominado “arbitraje institucional” al que se refiere el art. 14.1 de la Ley 60/2003 (pues en él se prevé que las partes encomienden a determinadas instituciones la “administración” del arbitraje y la “designación de árbitros”, mientras que en las figuras como la de autos es la propia corporación quien asume el papel de árbitro), esta modalidad de arbitraje, al que las leyes han querido expresamente negar su carácter público, se somete enteramente al régimen privado y, en concreto, a las disposiciones de la Ley 60/2003. El art. 1.3 de dicha Ley dispone que su contenido será de aplicación supletoria a los arbitrajes previstos en otras leyes”.

La CNMC no invadió las atribuciones que legalmente se le reconocen como supervisor de competencia y vigilancia. Y es que no tiene por qué abdicar de su papel, por mucho que sea una peculiaridad típica del arbitraje administrativo. Y las materias eran de libre disposición (denominación de canales de fútbol y selección de comentaristas; inclusión en los canales comercializados a nivel mayorista de autopromociones y campañas publicitarias de Telefónica).

Por otro lado, estando fijado el procedimiento en la Ley y Estatuto, no procede pretender que la CNMC le dé conocimiento de los árbitros ya que basta remitirse a lo que en tales normas se disponga.

Una vez más, el origen de la controversia se encuentra en una concentración económica. Y de forma semejante a como hemos visto en otro lugar y en Sentencia parecida, existía un compromiso que condicionaba la concentración, a saber, someter a arbitraje de la CNMC cuantas controversias surgieran en tal contexto.

La fórmula utilizada no deja de ser un oxímoron, incluso con algún eufemismo:

“Dicho arbitraje podrá ser solicitado por cualquier tercero afectado, tras un periodo de negociaciones previas de dos (2) meses, debiendo la entidad resultante comprometerse a someterse voluntariamente a los arbitrajes que insten los terceros afectados”.

Esta expresión de “*comprometerse a someterse voluntariamente*” no sabemos si resistiría un análisis lógico gramatical. Parece evidente que es una condición, como tal impuesta y la voluntariedad se limita solo a no proseguir con la concentración. Pero ya sabemos bien que el arbitraje administrativo tiene sus propios matices, y la voluntariedad en el seno de un acto-condición, no deja de tener algo de rodeo para establecer una ficción. Pero hay que

aceptar, y así lo hará el Ponente, que sin duda alguna, dentro de todas esas limitaciones, la aceptación era voluntaria.

En cuanto a la limitación que en argumento realiza la operadora, de que la CNMC es solo sede arbitral y de designación de árbitros, le basta recordar, como ya sabemos, que el art. 5 de la Ley establece que tiene esa función. Unido al art. 46 sobre incorporación del modelo UNCITRAL. Además, los arts. 14 y 20 LCNMC y el art. 8 de su Estatuto Orgánico incorporan atribuciones de decisión del arbitraje.

Todo lo cual lleva a la desestimación de la demanda.

Como podemos comprobar, un resumen de estas Sentencias sobre arbitrajes de las Administraciones Públicas nos indica:

i) que cuando la Ley lo dispone, lo que realizan las Administraciones es un genuino arbitraje;

ii) que tal arbitraje se distingue de la resolución extrajudicial de conflictos en sede administrativa, los cuales se ventilan ante la jurisdicción contencioso administrativa;

iii) que tales arbitrajes son discutidos en su caso solamente ante la jurisdicción civil;

iv) que la única causa de debate es la nulidad en que pudieran incurrir en términos de la Ley de Arbitraje:

v) que tales arbitrajes admiten peculiaridades, como son, una cierta matización en la interpretación de la voluntariedad en su aceptación; una más difícil utilización de la recusación, limitada exclusivamente a los funcionarios sin alcanzar jamás a la sede; una clara indicación de que aun siendo un organismo nunca arbitra la persona jurídica sino el órgano arbitral designado; una específica indicación de que tales funcionarios cubren en su calidad la condición de especialización suficiente sin tener que ser abogados ni cumplir otros requisitos profesionales; una clara búsqueda de la verdad en su desempeño que hace que el principio de congruencia no sea de aplicación estricta incluyendo todos los elementos de pacificación entre los cuales harán su aparición los ligados inmediatamente al interés general; una utilización del concepto de interés general añadido a la concreta solución del conflicto en el laudo; una incontaminación por dedicar también su función a la emisión de dictámenes y otras funciones administrativas (vigilancia, supervisión, inspección...) sobre el mismo sujeto arbitrado y la misma Litis arbitral, sin el menor problema.

Todo ello se encierra, insistamos, en el término de equivalente jurisdiccional que se aplica como fórmula general de encaje del arbitraje, incluido el que desempeñe la Administración Pública.

Podemos añadir que lo indicado se aplica a supuestos de índole semejante, como por ejemplo, la disposición adicional undécima, de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, crea la Comisión Nacional de la Energía, como organismo público, y, en su apartado tercero, punto 3, le atribuye determinadas funciones, entre las que destaca la de actuar como órgano arbitral:

“Novena: actuar como órgano arbitral en los conflictos que se susciten entre los sujetos que realicen actividades en el sector eléctrico o de hidrocarburos”.

Citamos, por reciente y por la relación que guarda con el siguiente epígrafe dedicado al arbitraje en el deporte, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 16 de

enero de 2019 [AC 2019\728] en el que Telefónica pretendió la nulidad de un Laudo dictado por la CNMC por el que se exigió a Telefónica que adecuase las condiciones tipo de su oferta mayorista de canales de televisión a los operadores locales tras la demanda de la Asociación nacional de Operadores de Telecomunicaciones y servicios de Internet (AOTEC).

Telefónica afirmaba principalmente que el laudo debía reputarse nulo carecer de motivación. En particular no comprendía por qué la Resolución de la CNMC de 22 de abril de 2015 le obligaba a “*vender Movistar Partidazo y el resto de los canales Premium*” a raíz de lo cual se impone a Telefónica la obligación de modificar su oferta mayorista a los operadores locales:

“El Laudo no motiva jurídicamente por qué la fórmula de acceso indirecto propuesta por AOTEC que no está contemplada en los Compromisos debe ser atendida obligatoriamente por TESAÚ, en contra de lo defendido por TESAÚ.” Se indica, asimismo, que, tras afirmarse en el Laudo, que los Compromisos no pueden regular exhaustivamente todos los aspectos de las relaciones inter privadas, “el Laudo se limita a afirmar de forma apodíctica que “sin perder de vista el espíritu y finalidad de los compromisos, este órgano arbitral no estima que la fórmula propuesta por AOTEC para acceder a la oferta mayorista de canales de Telefónica resulte incompatible con los mismos”. Nada más señala el Laudo en relación con su exégesis de los Compromisos que le lleve a concluir la obligación de TESAÚ de atender la petición de AOTEC”.

El laudo consideraba que la oferta de Telefónica en cubría un modelo de reventa prohibido expresamente por la citada Resolución de la CNMC (apartado 2.9):

“En su fundamentación el Laudo aborda la objeción que plantea TELEFÓNICA, en lo relativo a los conceptos empleados de “reventa y/o coordinación”, en cuanto que ésta considera que la propuesta de AOTEC busca enmascarar, mediante la figura de la encomienda de cobro, un verdadero modelo de reventa, prohibido por los Compromisos –en particular el compromiso 2.9 a)–, frente a lo que analiza, a su vez, la tesis de AOTEC, que niega tal finalidad”.

Y, a juicio de los árbitros, la propuesta de la AOTEC no era incompatible con la Resolución de la CNMC. Propuesta que, en cualquier caso, quedó modulada y servía para salvaguardar la finalidad anticolusoria de la resolución de la CNMC:

“Hay que recalcar, que su decisión no es una aceptación íntegra o en bloque de la pretensión actora, sin más, sino que, a la vista de los Compromisos que fueron aprobados en la citada resolución de la CNMC de 22 de abril de 2015, y precisamente para salvaguardar los mismos, tanto en lo que respecta a la finalidad anticolusoria a que obedece la resolución, atendiendo de forma positiva la pretensión actora, como para respetar asimismo la operación realizada por TELEFÓNICA, y que fue sometida a dicha aprobación, en definitiva, para salvaguardar los legítimos intereses de dicha entidad, modula los efectos de la pretensión de AOTEC, en aspectos muy relevantes, relativos a cómo se podrá llevar a cabo la adquisición de los contenidos Premium, cómo se llevará a cabo la contratación, modalidad tecnológica de prestación y prestación de servicios OTT, así como en un aspecto esencial cual es la metodología a aplicar al sistema de cómputo para el reparto del Coste Mínimo Garantizado, y que en definitiva se plasma en el fallo del Laudo.”

III. Referencia a otros sectores regulados

1. *Junta Arbitral de Resolución de Conflictos sobre Tributos Cedidos*

De forma semejante hay que considerar a la pretendida calificación como arbitral de la resolución de conflictos sobre tributos cedidos a las Autonomías. Acerca del arbitraje de carácter obligatorio que realiza la Junta Arbitral de resolución de conflictos en materia de tributos del Estado cedidos a las Comunidades Autónomas (Real Decreto 2451/1998, de 13 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Junta Arbitral de resolución de conflictos en materia de tributos del Estado cedidos a las Comunidades Autónomas).

En el mismo, de nuevo, utiliza la denominación de “arbitraje” para solventar un conflicto interadministrativo y ciertamente se otorga al Presidente un mandato de cinco años, lo que refuerza de forma indudable su independencia. Pero curiosamente, los Vocales, (cuatro por el Estado, cuatro por cada Comunidad Autónoma en su conflicto singular) no tienen mandato temporal, pudiendo ser removidos pues, en cada momento.

Así lo indican las normas que lo regulan.

Naturaleza y competencias de la Junta Arbitral.

“Art. 2. Naturaleza de la Junta Arbitral. La Junta Arbitral se configura como un órgano colegiado de deliberación y resolución de los conflictos a que se refiere el artículo siguiente de este Reglamento.

Art. 3. Competencias de la Junta Arbitral. Es competencia de la Junta Arbitral: a) La resolución de los conflictos que se susciten entre la Administración tributaria del Estado y la de una o varias Comunidades Autónomas, o entre éstas entre sí, con motivo de la aplicación de los puntos de conexión de los tributos cedidos. b) La resolución de los conflictos que se susciten entre la Administración tributaria del Estado y la de una o varias Comunidades Autónomas, o entre éstas entre sí, con motivo de la competencia en relación a los procedimientos de gestión, liquidación, recaudación e inspección de los tributos cedidos, de acuerdo con los puntos de conexión aplicables”

Pero como era de esperar, la resolución se impugna en vía contenciosa-administrativa:

“Art. 13. *Impugnación*. Las resoluciones de la Junta Arbitral podrán ser impugnadas en vía contencioso administrativa, conforme a la legislación reguladora de dicha Jurisdicción. La interposición del recurso contencioso-administrativo no produce, por sí misma, la suspensión de la ejecutoriedad de la resolución impugnada”.

Esto no es en modo alguno arbitraje. No tiene en realidad la menor conexión con esta institución.

En resumen, podemos observar que, de una manera progresiva, la propia Administración pretende ir buscando fórmulas que se aparten eventualmente del clásico supuesto de plantear y resolver un recurso administrativo típico,alzada y reposición, por técnicas que permitan una mayor observación del asunto de fondo.

Inclusive, aparentan bajo la fórmula nominal de arbitraje, que en efecto ahí aparecen soluciones de terceros imparciales e independientes que van a solventar el tema cuando se trata de conflictos de atribuciones internos entre Administraciones, bien de la propia

organización global (AGE) o inclusive con eventual conflicto entre Administraciones, para evitar el contencioso – administrativo.

Pero un análisis de tales propuestas, lleva con rapidez a mostrar que no se trata de arbitraje ni siquiera de composición de intereses imparcialmente realizado, sino que con las pautas ordinarias se confía en que se resolverá el asunto con buen criterio técnico. Y poco más. Porque en modo alguno nos encontramos ni con arbitraje ni con un medio propiamente dicho de resolución de conflictos.

2. Comisionado para el Mercado de Tabacos

La Ley 13/1998, de 4 de mayo, de Ordenación del Mercado de Tabacos y Normativa Tributaria, estableció un organismo autónomo, que actuará en régimen de Derecho administrativo y estará adscrito al Ministerio de Economía y Hacienda a través de la Secretaría de Estado de Hacienda (hoy de la Subsecretaría): el Comisionado para el Mercado de Tabacos.

En el art. 5, Cuatro, letra j) se le atribuyen funciones arbitrales:

“Ejercer las funciones de arbitraje en los conflictos entre operadores que las partes le encomienden, en cuanto no correspondan a otro órgano de la Administración”.

Es importante indicar que se precisa en la Ley que el organismo autónomo funciona como ente administrativo. Lo cual ofrece solución a la naturaleza jurídica del pretendido arbitraje, que en realidad, es un supuesto más de los pseudoarbitrajes que venimos examinando, y que sirve para sustituir los recursos administrativos tradicionales,alzada y reposición, por estas técnicas, aunque veremos que inclusive quedan aún más concentradas en la jerarquía de solución, puesto que se llega a atribuir al Presidente la solución del, así llamado, arbitraje.

Pura gestión administrativa, pues. Lo cual se confirma decididamente en el meritado Reglamento, Real Decreto 2668/1998, de 11 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto del Organismo autónomo Comisionado para el Mercado de Tabaco, que indica:

“Art. 6. El Presidente. El Presidente del Organismo autónomo Comisionado para el Mercado de Tabacos será nombrado y separado por el Ministro de Economía y Hacienda, tendrá rango de Subdirector general y le corresponderá la dirección del desarrollo de las actividades del Organismo, la fijación de los objetivos de las distintas unidades en los términos establecidos por el presente Estatuto y demás normas aplicables. En particular, le corresponderá: [...] 11. Resolver los conflictos entre operadores cuyo arbitraje las partes le encomienden.”

Mayor definición administrativa sería difícil de establecer; se trata simplemente de que un Subdirector General de la Administración General del Estado proceda a resolver mediante los actos propios de la Ley de Procedimiento Administrativo, Ley 39/2015, una situación conflictiva, como es perfectamente habitual que se produzca en cualquier sector.

De nuevo se trata de una utilización indebida del término, que no del concepto, “arbitraje”.

3. Arrendamientos Rústicos Históricos

La Ley 83/1980, de 31 de diciembre, de Arrendamientos Rústicos establecía unas Juntas Arbitrales que se mantuvieron en la Ley 1/1992, de 10 de febrero, de Arrendamientos Rústicos Históricos, de 10 de febrero.

Así, aunque románticas y anecdóticas, hoy día continúan vigentes las Juntas Arbitrales de Arrendamientos respecto de los arrendamientos rústicos. Se entiende por este tipo de arrendamientos (art. 1:

(a) Los anteriores al Código Civil cuyo arrendatario traiga causa de quien lo fuera a la publicación de dicho cuerpo legal; (b) los concertados con anterioridad a la publicación de la Ley de 15 de marzo de 1935 cuando el arrendatario sea cultivador personal; (c) Los anteriores al 1º de agosto de 1942, cuya renta hubiera sido regulada por una cantidad de trigo no superior a 40 quintales métricos y en los que la finca venga siendo cultivada personalmente por el arrendatario.

Mediante la Ley de Arrendamientos Rústicos Históricos se prorrogó hasta el 31 de diciembre de 1997 los citados arrendamientos. Se trataba de una Ley enfocada a lograr el acceso de los arrendatarios históricos a la propiedad de las fincas. Así, los arrendatarios podrían ejercitar el derecho de acceso a la propiedad de las fincas arrendadas, pagando al arrendador como precio de las mismas la cantidad resultante de la media aritmética entre la valoración catastral y el valor en venta actual de fincas análogas por su clase y situación en el mismo término municipal o en la comarca.

No se trata de un verdadero arbitraje, pues las resoluciones de Juntas Arbitrales no eran equivalentes jurisdiccionales⁶¹⁶ y sus efectos como estipulaba el art. 121 de la Ley 83/1980, vigente por remisión que se realiza en el art. 2 de la Ley 1/1992 es simplemente de carácter previo a la contienda judicial y no impide a las partes a recurrir a la jurisdicción civil. Se trata, pues, de un peritaje técnico que permite solventar disputas, pero que no cierra la posibilidad de demandar en la jurisdicción ordinaria sino se está conforme con la valoración que efectúen.

Hoy la ley se está extinguiendo por consunción de sus destinatarios, quienes normalmente dejarán de ser beneficiarios de la misma por puro cumplimiento de su ciclo vital. El mantenimiento de estas Juntas solo se explica por razones de un cierto romanticismo histórico ya que es una ley homenaje a la legislación agraria de la II República Española⁶¹⁷, que, en aquellos momentos, década de los años treinta del siglo XX, actuaba en un país fundamentalmente agrario y con grandes latifundios inoperativos en el sur de España.

Dice el Art. 3. “Prórroga complementaria”.

⁶¹⁶ J.M. Gil-Robles y Gil-Delgado, “Las Juntas Arbitrales de Arrendamientos Rústicos, un organismo de nueva creación”, *Revista de Estudios Agrosociales*, nº. 117, 1981, pp. 105–126

⁶¹⁷ “Decretos agrarios” de Largo Caballero, Comisión Técnica Agraria creada el 21 de mayo de 1931 (presidida por el liberal Felipe Sánchez Román, Ley de Bases de la Reforma Agraria fue aprobada el 9 de septiembre de 1932, creación del el Instituto de Reforma Agraria, etc. En la memoria del colectivismo español, siempre fue un hito, vinculado a posiciones de la izquierda clásica que incluso tuvieron todavía alguna repercusión tras la actual Constitución en la reforma emprendida por los primeros Gobiernos en Extremadura, si bien, la transformación económica, ecológica y tecnológica actual, ha sepultado en el olvido este tipo de reformas, que quedan solamente como un romántico recuerdo de la visión progresista sobre la reforma agraria, pero ya obsoleta.

“Finalizada la prórroga establecida en el apartado 1 del artículo anterior, si el arrendatario cultivador personal tuviere cincuenta y cinco años cumplidos a la entrada en vigor de la presente Ley, el arrendamiento se tendrá por prorrogado hasta que aquél cause derecho a la pensión de jubilación o de invalidez permanente, en su caso, en cualquiera de los Regímenes del Sistema de la Seguridad Social y, como máximo, hasta que cumpla sesenta y cinco años de edad, siempre que continúe siendo cultivador personal”.

Teniendo en cuenta que la ley es de 1992, lo normal es que se cumplan las previsiones de prórroga en términos que habrán terminado en un plazo breve. Las Juntas eran organismos administrativos compuestos por funcionarios nombrados por el Ministerio de Agricultura.

Las Juntas Comarcales, venían reguladas por su régimen histórico tradicional y, en la medida en que no continúe, se permitía que las Comunidades Autónomas, procedieran a constituir las de conformidad con lo establecido en el art. 121 de la derogada Ley de Arrendamientos Rústicos, Ley 83/1980, de 31 de diciembre que ha sido sustituida por la vigente Ley de Arrendamientos Rústicos, Ley 49/2003, de 26 de noviembre.

En esta última norma se indica:

“Art. 33. *Jurisdicción y competencia.* El conocimiento y resolución de los litigios que puedan suscitarse al amparo de esta Ley corresponderán a los juzgados y tribunales del orden jurisdiccional civil.

Art. 34. *Cuestiones litigiosas extrajudiciales.* Las partes, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, podrán someterse libremente al arbitraje en los términos previstos en la legislación aplicable en la materia”.

El art. 34 confirma que se trata, pues, de una materia disponible y que puede someterse al arbitraje regulado en la LA 2003.

Finalmente, la Ley de 2003 deroga en su Disposición Derogatoria, “f) Orden de 8 de octubre de 1982 (RCL 1982, 2860; ApNDL 733), sobre Constitución Transitoria de las Juntas Arbitrales de Arrendamientos Rústicos. g) Orden de 8 de octubre de 1982 (RCL 1982, 2861; ApNDL 734), sobre Funcionamiento de las Juntas Arbitrales de Arrendamientos Rústicos”. Este Orden recogía una suerte de solicitud de arbitraje en el que se solicitaba la intervención de estas Juntas Arbitrales para la determinación del precio que debía abonar el arrendatario si quería acceder a la propiedad.

A raíz de la entrada en vigor de esta norma, algunas Comunidades Autónomas han promulgado leyes autonómicas en las que incluyen Juntas Arbitrales para solucionar conflictos en contrarios de arrendamientos rústicos. Es el caso de la Ley 1/2014, de 19 de marzo, Agraria de Castilla y León:

Art. 171. Junta de Arbitraje y Mediación para los contratos agrarios [el art. 170 considera los arrendamientos rústicos como contrato agrario].

1. La Junta de Arbitraje y Mediación para los contratos agrarios, como órgano colegiado adscrito a la consejería competente en materia agraria, tendrá competencias para ejercer funciones de arbitraje y mediación dirigidas a la resolución de las cuestiones litigiosas relacionadas con la aplicación de los mismos.

2. Cualquiera de las partes que hayan pactado expresamente en el contrato la cláusula de sumisión arbitral o que la hayan acordado posteriormente puede acceder a la Junta de Arbitraje para los contratos agrarios. El laudo de la Junta Arbitral es de obligado cumplimiento para las partes y se rige por lo que dispone la legislación sectorial en materia arbitral.

Normativa, pues, que se va acoplando al desarrollo del sector y la propia evolución legislativa hasta constituirse el arbitraje como un medio eficaz de solución de controversias preferidos incluso por las Comunidades Autónomas para resolver determinadas disputas.

4. Sistema arbitral en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad

Auspiciado por el impulso comunitario (Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio y Directiva 2002/73/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 23 de septiembre, que modifica la Directiva 76/207/CE del Consejo que prevé el establecimiento en los Estados miembros de la Unión Europea de procedimientos de conciliación complementarios a los judiciales y administrativos) el legislador español, mediante la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, se comprometió a establecer un sistema arbitral (art. 17 y Disposición Final Decimotercera) en el plazo de dos años para resolver con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes, las quejas o reclamaciones de las personas con discapacidad en materia de igualdad de oportunidades y no discriminación. A salvo, claro, de que existieran indicios delictivos, en cuyo caso sería competente el orden jurisdiccional penal. Fruto de aquel compromiso, aunque tarde, se promulgó el Real Decreto 1417/2006, de 1 de diciembre, por el que se establece el sistema arbitral para la resolución de quejas y reclamaciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad por razón de discapacidad. Se excluyen de este sistema arbitral los “arbitrajes laborales” para poder conciliar este Ley con la LA 2003 cuyo art. 1.4, como hemos visto, los excluye de su ámbito de aplicación y como todo arbitraje, deberá ser voluntario.

El ámbito de aplicación es restringido:

“Art. 2. 1. Serán objeto del sistema de arbitraje regulado en este real decreto las quejas y reclamaciones que surjan en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

Las controversias se referirán a alguna de las siguientes materias:

- a) Telecomunicaciones y sociedad de la información.
- b) Espacios públicos urbanizados, infraestructuras y edificación.
- c) Transportes.
- d) Bienes muebles e inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, comercializados directamente a los consumidores como destinatarios finales, que las personas físicas o jurídicas, individuales o colectivas, profesionales o titulares de establecimientos públicos o privados, fijos o ambulantes, produzcan, faciliten, suministren o expidan, en régimen de derecho privado.
- e) Relaciones con las Administraciones públicas en el ámbito del Derecho privado.”

Restricción desde luego superior a lo deseable dado que erróneamente se considera que no podrá ser objeto de arbitraje cuestiones que estén determinadas en contratos administrativos. Sin mayor especificidad. Como se todo “contrato administrativo” fuera materia indisponible.

“2. No podrán ser objeto de arbitraje:

- a) Las controversias sobre las que haya recaído resolución judicial firme y definitiva en los casos en que haya identidad de sujeto, hecho y fundamento.

b) Aquellas en las que deba intervenir el Ministerio Fiscal en representación y defensa de las personas con discapacidad que carecen de capacidad de obrar o de representación legal y no puedan actuar por sí mismas.

c) Aquellas en las que concurren indicios racionales de delito.

d) Las cuestiones que estén determinadas en contratos administrativos, así como otras materias que no sean de libre disposición conforme a derecho.”

Los arbitrajes se administrarán por las juntas arbitrales de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal. Existirá una Junta Arbitral Central, adscrita al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, a través de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad, y Juntas Arbitrales Territoriales, en cada comunidad autónoma y en las ciudades de Ceuta y Melilla. La Junta Arbitral Central será competente para establecer criterios técnicos de unificación en materia arbitral.

La Junta Arbitral Central estará compuesta por un presidente, un secretario y dos vocales, nombrados por un período de cuatro años, por el titular de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales, Familias y Discapacidad. El presidente y secretario serán nombrados entre el personal que preste servicios en dicha Secretaría de Estado. Además, el presidente deberá estar en posesión de la licenciatura en Derecho. Respecto a los vocales, uno será nombrado a propuesta de la organización representativa de las personas con distintos tipos de discapacidad y sus familias con mayor implantación en el ámbito estatal y otro será nombrado por la organización de carácter económico sin ánimo de lucro con mayor implantación en el ámbito estatal.

Las juntas arbitrales de las Comunidades Autónomas tendrán una composición muy similar (ámbito territorial en lugar de estatal).

El convenio arbitral es similar al relativo al ámbito del consumo: mediante una oferta pública de adhesión al sistema arbitral pensada para (art. 7): (a) Las personas, físicas o jurídicas, de carácter privado que importen, produzcan, suministren o faciliten entornos, productos, bienes y servicios a las personas con discapacidad; (b) las organizaciones representativas de las personas con discapacidad y sus familias, así como las organizaciones de carácter económico sin ánimo de lucro. Quien acepte recibirá un distintivo oficial de adhesión al sistema arbitral.

La designación como árbitro se hará de la siguiente forma:

“Art. 11. 1. La participación como árbitros en el sistema arbitral de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal, requerirá su acreditación por el presidente de la junta arbitral en la que hayan de intervenir.

2. Los árbitros deberán ser licenciados en derecho o expertos o profesionales en alguna de las materias a que se hace referencia en el art. 2.1 de este real decreto.

3. Los árbitros serán propuestos por las Administraciones públicas, las organizaciones representativas de las personas con discapacidad y sus familias y las organizaciones de carácter económico sin ánimo de lucro, en ambos casos, con mayor implantación en el ámbito territorial de la junta arbitral.

4. Los árbitros propuestos deberán solicitar a la junta arbitral su acreditación para actuar ante ella. Dicha solicitud implicará la aceptación de su inclusión en la lista de árbitros acreditados, y la aceptación del cargo de árbitro en los procedimientos en que sea designado como tal, salvo que concurra justa causa apreciada como tal por el presidente de la junta arbitral. Concedida la acreditación, se notificará a los interesados propuestos.

5. En cualquier momento, los árbitros podrán ser removidos de su condición de tal por la junta arbitral ante la que estuvieran acreditados, previo acuerdo razonado, por incumplimiento grave de sus obligaciones.

6. El secretario de la junta arbitral mantendrá permanentemente actualizada la lista de árbitros acreditados ante la junta.

Art. 12. Composición de los colegios arbitrales. 1. La junta arbitral designará un colegio arbitral compuesto por tres árbitros acreditados, elegidos respectivamente entre los propuestos por la Administración, las organizaciones representativas de las personas con discapacidad y sus familias, así como las organizaciones de carácter económico sin ánimo de lucro, en ambos casos con mayor implantación en el ámbito territorial de la junta arbitral, que actuarán de forma colegiada, correspondiendo la presidencia del colegio arbitral, al árbitro elegido entre los propuestos por la Administración.

2. El presidente del colegio arbitral decidirá sobre cuestiones de ordenación, tramitación e impulso del procedimiento, pudiendo para ello consultar al resto de los árbitros si lo estima conveniente.”

Junto a los principios rectores de todo arbitraje (audiencia, contradicción, igualdad, voluntariedad) se suman otros propios de estos arbitrajes como la gratuidad –si bien cada parte se costeará las pruebas que proponga–, accesibilidad o ausencia de formalismos. Lo que constata que la norma se cohonest a las exigencias de la normativa comunitaria⁶¹⁸.

Se invierte la regla tradicional instaurada desde la LA 1988 y el tribunal arbitral decidirá en equidad⁶¹⁹, salvo que las partes optaran expresamente por la decisión en derecho. Lo que no le resta la condición de ser un arbitraje auténtico y genuino. La solicitud de arbitraje se presentará por la persona con discapacidad o sus representantes y los árbitros podrán impetrar a las partes para lograr una conciliación –se regula incluso un tipo de laudo conciliatorio *ex art.* 23–.

Respecto al Laudo, deberá dictarse en el plazo de 4 meses. Pero será un laudo dictado conforme a la LA 2003. Si bien se recoge una particularidad curiosa –y extraña– al indicar que esos laudos dictados conforme a la LA 2003 no podrán ser objeto de recurso de alzada o reposición sino que podrán ser anulables solo por la vía de la acción de anulación, Muestra de la conexión de estos arbitrajes con las Administraciones Públicas:

“En lo relativo a la forma y contenido de los laudos será de aplicación lo dispuesto en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, teniendo en cuenta que no podrán ser objeto de recurso de alzada o potestativo de reposición y se someterán también a las previsiones de dicha Ley en cuanto a su anulación y ejecución y demás intervenciones judiciales de apoyo y control del arbitraje.”

Se regula también una suerte de “arbitraje abreviado” en la Disposición Adicional Segunda por la que las controversias inferiores a 3.000 euros se sustanciarán ante un solo árbitro designado por las Administraciones Públicas entre el personal a su servicio incluido en la lista de árbitros acreditados y que asumirá las facultades que en este real decreto se asignan al presidente del colegio arbitral.

⁶¹⁸ M. Grande Sanz, “El sistema Arbitral de Discapacidad: una oportunidad desaprovechada”, en J.L. Rey Pérez, L. Mateo Sanz (coords.) *El empleo de las personas con discapacidad: oportunidades y desafíos*, 1ed. Dykinson, 2018, Madrid p. 70

⁶¹⁹ J.A. Moreno Rodríguez. “La Equidad” *Derecho aplicable y arbitraje internacional. BIB 2014\4102*. Editorial Aranzadi, S.A.U., Enero de 2014. quien recuerda con cita de E. Galliard / J. Savage, *Fouchard Gallard Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law international, 1999, p. 836: “Un laudo CCI (en el caso nº 3.327) caracteriza el arbitraje de equidad por poner menos énfasis en el carácter jurídico de la disputa y más en sus aspectos técnicos, psicológicos y comerciales. La equidad provee al árbitro un medio para limitar los efectos de la ley en la disputa y dar precedencia a otros factores, según las situaciones fácticas que se presenten y conforme a los requerimientos de una política comercial saludable”. Tiene naturalmente, peculiaridades, como demuestra en el orden de la motivación el trabajo del profesor J. C. Fernández Rozas. “Motivación del laudo arbitral en equidad (Sentencia del TSJ Galicia CP 1ª nº 18/2012, de 2 de mayo”, *Arbitraje*, vol. VI, nº 2, 2013.

Otra prueba más de que se trata de un verdadero arbitraje lo supone la Disposición Final Segunda relativa al título competencial en la que se atribuye la competencia al Estado por afectar a materia de legislación procesal, conforme al art. 149.1.6.^a CE.

El Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, remite en su art. 74 a los arbitrajes que acabamos de indicar:

“1. Previa audiencia de los sectores interesados y de las organizaciones representativas de las personas con discapacidad y sus familias, el Gobierno establecerá un sistema arbitral que, sin formalidades especiales, atienda y resuelva con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes, las quejas o reclamaciones de las personas con discapacidad en materia de igualdad de oportunidades y no discriminación, siempre que no existan indicios racionales de delito, todo ello sin perjuicio de la protección administrativa y judicial que en cada caso proceda.

2. El sometimiento de las partes al sistema arbitral será voluntario y deberá constar expresamente por escrito.

3. Los órganos de arbitraje estarán integrados por representantes de los sectores interesados, de las organizaciones representativas de las personas con discapacidad y sus familias y de las administraciones públicas dentro del ámbito de sus competencias”.

Nótese que se trata de una organización mixta, que atiende a un sistema concreto, como es el de la situación de igualdad y no discriminación. Objetivo loable que puede someterse a arbitraje como dispone el art. 66:

“Art. 66. *Contenido de las medidas contra la discriminación.* 1. Las medidas contra la discriminación podrán consistir en prohibición de conductas discriminatorias y de acoso, exigencias de accesibilidad y exigencias de eliminación de obstáculos y de realizar ajustes razonables.

A estos efectos, se entiende por exigencias de accesibilidad los requisitos que deben cumplir los entornos, productos y servicios, así como las condiciones de no discriminación en normas, criterios y prácticas, con arreglo a los principios de accesibilidad universal y de diseño para todas las personas.

2. A efectos de determinar si un ajuste es razonable, de acuerdo con lo establecido en el art. 2.m), se tendrán en cuenta los costes de la medida, los efectos discriminatorios que suponga para las personas con discapacidad su no adopción, la estructura y características de la persona, entidad u organización que ha de ponerla en práctica y la posibilidad que tenga de obtener financiación oficial o cualquier otra ayuda.

A este fin, las administraciones públicas competentes podrán establecer un régimen de ayudas públicas para contribuir a sufragar los costes derivados de la obligación de realizar ajustes razonables.

Las discrepancias entre el solicitante del ajuste razonable y el sujeto obligado podrán ser resueltas a través del sistema de arbitraje previsto en el art. 74, sin perjuicio de la protección administrativa o judicial que en cada caso proceda.”

Finalmente indicar que la puesta en marcha de estas Juntas Arbitrales tuvo un enorme retraso que provocó que el Defensor del Pueblo Andaluz⁶²⁰ actuara de oficio para que se implantara el sistema arbitral en Andalucía debido a que habían transcurrido diez años desde que el legislador los impulsara a pesar de que el Real Decreto 1417/2006, de 1 de diciembre estableció un plazo de seis meses para su instauración.

⁶²⁰ <https://www.defensordelpuebloandaluz.es/quremos-conocer-los-motivos-del-retraso-para-implantar-un-sistema-arbitral-de-la-discapacidad-en>

CAPÍTULO VII
ARBITRAJES ADMINISTRATIVOS SECTORIALES (II):
ARBITRAJE EXCLUYENTES DE LA JURISDICCIÓN
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

I. Arbitraje de consumo

1. Nuevas perspectivas de la protección de los consumidores

En la actualidad los consumidores cuentan con un elenco de ofertas tanto del comercio doméstico como en el internacional. La expansión de empresas nacionales y la llegada de multinacionales a territorio español puso de manifiesto la necesidad de protección del consumidor frente a grandes corporaciones que se postulaban como un ente que frecuentemente contaba con un departamento de atención al cliente ante el que se elevaban las quejas de los consumidores. Sin embargo, las controversias normalmente eran una bagatela que no solía trascender al ámbito jurídico debido al insignificante importe que solía ser reclamado y el importante coste de acudir a la vía judicial.

La consagración de la protección al consumidor se produjo con el art. 51 CE que establece que los poderes públicos garantizarán la protección de los consumidores y usuarios. Este artículo no contaba con precedentes en los textos constitucionales previos y en su versión definitiva influyeron la conocida afirmación de John F. Kennedy el 15 de marzo de 1962 en la que acuñó la archiconocida frase: “*ser consumidor, por definición, nos incluye a todos*”⁶²¹ que determinó el día mundial del consumidor, el informe de la OCDE de 1972 sobre la política de protección a los consumidores, la Carta de Protección de los Consumidores, aprobada por la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa en 1973, o la Resolución del Consejo de la CEE, de 14 de abril de 1975⁶²². Como vemos, en el ámbito internacional el consumidor comenzaba a ser reconocido como una figura de especial protección y la CE reconoció esa trascendencia internacional. Conviene reseñar, que además de la protección a los consumidores, la Carta Magna establece inequívocamente la necesidad de “educar” a los consumidores, lo que tiene una especial trascendencia para haber habilitado un arbitraje especial destinado exclusivamente a estos. Esa educación al consumidor ha permitido que se haya abierto una vía arbitral hasta entonces ajena al orbe del consumo.

La protección especial que los poderes públicos deben dispensar a los consumidores y usuarios se justifica por la desigualdad creciente de una economía globalizada en la que el destinatario final tiene un escaso poder de negociación en la contratación de los productos suministrados por las grandes corporaciones. De esta forma, las normas de protección a los consumidores y usuarios procuran equilibrar la balanza frente a las empresas.

Fruto de esta especial preocupación, el legislador dictó la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCyU), que ha sufrido múltiples modificaciones por motivo de acoplar el texto nacional a los mandatos comunitarios y a las nuevas realidades de los mercados, hasta la actual refundición en el Real Decreto Legislativo 1/2007 (Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias)⁶²³.

⁶²¹ <https://www.expansion.com/2010/03/15/empresas/1268676013.html>

⁶²² Resolución del Consejo, de 14 de abril de 1975, relativa a un programa preliminar de la Comunidad Económica Europea para una política de protección e información de los consumidores.

⁶²³ M. Rebollo Puig y M. Izquierdo Carrasco, *Derechos básicos de los consumidores y usuarios*. La defensa de los consumidores y usuarios: (comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por Real

La contratación a través de Internet ha motivado innumerables reclamaciones que han cambiado el escenario sobre el que se basaba la primitiva regulación, con lo que las nuevas reformas han perseguido ajustarse a esta nueva realidad⁶²⁴.

A esta ley le han acompañado sus correlativas leyes autonómicas que han enumerado un catálogo de derechos del consumidor. Esta potestad de las Comunidades Autónomas de elaborar normativa de especial protección a consumidores y usuarios se ve amparada en los arts. 3 8, 131 y ordinales 11º 13º y 16º del art. 149 de la CE.

En los Estatutos de Autonomía de cada Comunidad Autónoma se reflejará si la potestad ejecutiva que tenían previamente se amplía o no al desarrollo legislativo de una norma eminentemente estatal. Como botón de muestra, la Comunidad de Madrid ha elaborado la ley 11/1998 de 9 de julio, de Protección de los Consumidores de la Comunidad de Madrid, tras la ampliación de competencias conferidas por la Ley Orgánica 10/1994, de 24 de marzo, de Reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid. La mayoría de ellas cuentan con una norma similar⁶²⁵.

Tanto es así que el País Vasco desarrolló el Estatuto de consumidor del País Vasco con anterioridad a que existiera una norma nacional de especial protección a los consumidores y usuarios, mediante la Ley 10/1981, de 18 de noviembre; o la Generalidad de Cataluña, por ejemplo, que goza también de competencia exclusiva en materia de consumo al amparo de lo dispuesto en el art. 123 del Estatuto de Autonomía, en su desarrollo ha elaborado el Decreto 98/2014 sobre el procedimiento de mediación en las relaciones de consumo.

Recordemos a estos efectos que las Comunidades Autónomas tienen competencia para dictar normas sobre mediación y, sin embargo, es el Estado el que tiene potestad para dictar normas de arbitraje en virtud del art. 149.1, 5º y 6º que atribuye al Estado competencia exclusiva en materia de administración de justicia y legislación procesal.

De tal forma que se creó el Tribunal Arbitral Nacional de Consumo, adscrito al desaparecido Instituto Nacional de Consumo, actualmente refundido en la Agencia Española de Consumo Seguridad Alimentaria y Nutrición (AECOSAN) tras la promulgación del Real Decreto 19/2014, de 17 de enero, por el que se refunden los organismos autónomos Instituto Nacional del Consumo y Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición en un nuevo organismo autónomo, dependiente del Ministerio de Salud y Consumo y se aprueba su estatuto. Con la regulación expresada parecería que las juntas arbitrales no estatales no tendrían cabida. Sin embargo, el legislador flexibilizó esta competencia al disponer en el primitivo art. 3.2 del RD 636/1993 que “*se establecerán por la Administración General del Estado mediante acuerdos suscritos a través del Instituto Nacional del Consumo, con las correspondientes Administraciones Públicas*”, reservando para la Junta Arbitral de Consumo nacional las controversias que iniciara una asociación de consumidores y usuarios con un ámbito de actuación en más de una Comunidad Autónoma o por los consumidores y usuarios afectados por controversias que superen dicho ámbito.

Fue un acierto del legislador crear estos tribunales dado que uno de los condicionantes que debe prevalecer para la buena consecución de los objetivos perseguidos con esta

Decreto Legislativo 1/2007) adaptado a las reformas introducidas por las Leyes 25/2009 y 29/2009, pp. 116–14.

⁶²⁴ En general es clave la obra de P.A. de Miguel, *Asensio Derecho Privado de Internet* Editorial Aranzadi. Cizur Menor, 2002, continuada por una abundante y excelente secuela de trabajos sobre las relaciones entre la red y el Derecho.

⁶²⁵ Aquí se recogen todas. Consultado el 5 de septiembre de 2019: <https://www.facua.org/es/noticia.php?Id=8014>.

norma es la cercanía de los consumidores con el lugar de celebración del litigio. Obviamente condicionando a que la transacción comercial se hubiera celebrado en el lugar de residencia del consumidor. Pero de *lege ferenda* sería conveniente que, si una multinacional tiene centro comercial abierto al público en el lugar de residencia del consumidor, allí también se pudieran celebrar los procedimientos en lugar de donde se realizó la transacción.

El antiguo RD 636/1993 se ha sustituido por el RD 231/2008 (Sistema arbitral de consumo) que se adecúa a la realidad actual contando con el sistema de arbitrajes electrónicos y paliando algunos defectos de la norma primitiva que habían generado cierta inseguridad jurídica en el sistema arbitral de consumo como la falta de regulación expresa de la reconvencción, favoreciendo la previsibilidad del sistema. No olvidemos que el legislador europeo ha alentado los arbitrajes de consumo en su Directiva 2013/11 UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013 relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo al promover procedimientos extrajudiciales que sean: “*independientes, imparciales, transparentes, efectivos, rápidos y justos*”⁶²⁶.

A) Concepto de consumidor

Por consumidores hemos de concebir a las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad profesional y a las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad empresarial⁶²⁷, con lo que la venta a terceros de los productos adquiridos queda excluida del marco de especial protección que confiere la TRLCyU. El concepto de consumidor se aparta de la Directiva 93/13/CEE que únicamente considera como consumidor a las personas físicas⁶²⁸, lo que tampoco ha corregido la Directiva 2011/83/UE ni la Directiva 2013/11/UE que considera como consumidor a “*toda persona física que actúe con fines ajenos a sus actividades comerciales o empresariales, a su oficio o a su profesión*”.

El texto nacional no ha variado sustancialmente tras su última reforma de calado que entró en vigor a partir del 29 de marzo de 2014 con la aprobación de la Ley 3/2014, (Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre; si bien la última variación ha tenido lugar con la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario). Si bien el concepto de consumidor dio lugar a una extensa jurisprudencia controvertida y en ocasiones contradictoria que necesitaba de una mayor estabilidad.

En cambio, como empresario, serán considerados todas las personas privadas o públicas que actúen dentro de su ámbito empresarial. Ciertamente, resulta redundante que ley establezca o actividad “comercial, oficio o profesión”. Es más, incluso podría dar lugar a confusión por los posibles cambios de sector profesional o licenciados en una

⁶²⁶ Art. 1 Directiva 2013/11/UE.

⁶²⁷ Art. 3 LGCyU: A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.

Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.

⁶²⁸ Art. 2: Conceptos:

“Consumidor”: toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional.

determinada materia que ejerzan otra actividad empresarial distinta de la estudiada. En lugar de enumerar una serie de sinónimos hubiera sido preferible considerar como empresario aquél que actúe en el marco de su actual actividad empresarial.

La definición de consumidores no es baladí y ha dado lugar a una prolija jurisprudencia que ha ido acotando el concepto de consumidor. Entre otras, estableció que no es consumidor quien adquiere productos que se integran en la actividad profesional del empresario, tales como ordenadores o impresoras (STS, Sala de lo Civil en Pleno, nº 922/2000 de 16 de octubre, RJ 2000\9906) e incluso el que consume electricidad necesaria para explotar su actividad (STS, Sala de lo Civil en Pleno, nº 963/2005 de 15 diciembre, RJ 2006\1223). Esta doctrina está consolidada y se encuentran superadas las primitivas dudas que surgieron sobre la adquisición de productos que se acoplan a un uso empresarial.

B) Asociaciones de consumidores y usuarios

Para paliar la indefensión de los consumidores, proliferaron organizaciones en pro de la defensa del consumidor en busca de asumir reclamaciones globales por conflictos similares que tuvieran decenas de consumidores. Las asociaciones de consumidores y usuarios guardan cobijo en el art. 22 CE que promueve la libertad de asociación, en la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación y en el art. 52 del mismo texto, que sacramenta estas asociaciones al indicar que los poderes públicos *“fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos”*. De esta forma, las Comunidades Autónomas establecen una serie de requisitos para acceder a la condición de asociación de consumidores. Y sólo aquellas que estén inscritas gozarán de los derechos reconocidos. Siguiendo el ejemplo de la Comunidad de Madrid, el art. 24 de la Ley 11/1998, de 9 de julio, de Protección de los Consumidores de la Comunidad de Madrid, establece que para adquirir el carácter de asociación de consumidores, se debe: estar inscrito en el Registro de Asociaciones de Consumidores de la Comunidad de Madrid, tener su domicilio en la Comunidad de Madrid y que su ámbito de actuación no exceda del territorio de ésta. Este último requisito está absolutamente desfasado, puesto que existen organizaciones a nivel nacional e incluso europeo, como la OCU, que se encuentran registradas y funcionando adecuadamente sin estas limitaciones que ley contempla y se les obliga a inscribirse en un elenco de registros autonómicos para poder actuar como asociaciones autonómicas además de nacionales o europeas. El registro comunitario o nacional debería extenderse al registro autonómico. Otra cosa es que las subvenciones autonómicas que pudieran recibir no pudieran excederse del ámbito de actuación de la Comunidad y que por tanto no puedan recibir subvenciones por su actuación en otra Comunidad Autónoma.

Las asociaciones inscritas gozarán de una serie de derechos y deberes entre los que se promueve la colaboración con la Comunidad de Madrid para fomentar la participación en el sistema arbitral de consumo. Este empeño de los legisladores autonómicos no es baladí y hay que ponerlo en común con lo expuesto en cuanto a la necesidad de educar al consumidor. El sistema arbitral de consumo se pretende promover por dos motivos principales: (i) evitar la congestión del sistema judicial para asuntos de escasa cuantía; (ii) facilitar que los consumidores se vean resarcidos de las malas prácticas comerciales. En lugar de tener que acudir a la tutela judicial, el sistema arbitral de consumo se adapta mucho mejor a las necesidades de los consumidores; (iii) promover una solución rápida a un conflicto.

Como particularidad a nivel comunitario, estas asociaciones, paradójicamente, carecen de la condición de consumidores y usuarios en conflictos transfronterizos, con lo que en caso de una disputa entre una asociación de consumidores y usuarios y una sociedad, será competente el lugar del domicilio del demandado, tal y como confirmó la STJUE de 5 de diciembre de 2013⁶²⁹. La premisa de la que se parte para justificar esta decisión, es que no existe desigualdad entre las asociaciones de consumidores y usuarios y los empresarios.

El régimen de subvenciones de las asociaciones viene instituido en el art. 37.2 del TRLCyU y en la Orden SSI/575/2015, de 26 de marzo, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones a asociaciones de consumidores y usuarios de ámbito estatal, destinadas a promover el asociacionismo y la ejecución de actividades de información, defensa y protección de los derechos de los consumidores.

2. Características de la modalidad

A) Materias susceptibles de arbitraje

El arbitraje nace en este sector con una vocación de fomentar el equilibrio entre las partes ante el coste de la justicia ordinaria, los pedregosos hitos procesales y la lejanía de los arbitrajes tradicionales para con este sector. Se va a procurar que el arbitraje de consumo carezca de excesivas formalidades, que sea de equidad y gratuito. El art. 31 de la prístina LGDCyU preveía la instauración de un sistema arbitral de consumo que se plasmó RD 636/1993 que desarrollaba la Disposición Adicional Segunda de la Ley de Arbitraje de 1988. Ley que actuaba, además, con carácter supletorio en lo no indicado por el citado Real Decreto. Fruto de la promulgación de la LA 2003 hubo un lapso temporal en el que existía una cierta contradicción debido a que el citado RD se remitía a la antigua LA de 1988 mientras que la LA de 2003 1.3 establecía su actuación como norma supletoria de las disposiciones existentes sobre arbitraje⁶³⁰, lo cual ha desembocado en la promulgación del RD 231/2008 que se adapta a las exigencias de la actual ley de arbitraje.

⁶²⁹ C-413/2012.

⁶³⁰ Se insistirá sobre este tema ya en la reforma de 2015: reforma de la Ley 1/2000, de 7-1-2000 de Enjuiciamiento Civil por Ley 42/2015, de 5 de octubre. Disposición transitoria segunda. Procesos monitorios y ejecución de laudos arbitrales. 3. Si se tratare de ejecuciones de laudos arbitrales que se fundamenten en un contrato entre un empresario o profesional y un consumidor o usuario, que no estuvieran archivadas definitivamente, se seguirá el procedimiento descrito en el apartado anterior a fin de apreciar si alguna de sus cláusulas pudiera ser calificada de abusivo.

Hay que indicar que en pureza técnica no se debería hablar como ya hacía la comentada ley de 1988 cuyo tecnicismo aquí arrastramos de una mera cláusula, sino que son dos convenciones o pactos distintos, el del convenio arbitral y el de la sumisión adhesiva a otro contrato o en forma de condición general de la contratación. Así lo indica Díez-Picazo cuando recuerda: “El art. 6.1 de la Ley de 1988 decía que el convenio arbitral «podrá concertarse como cláusula incorporada a un contrato principal o por acuerdo independiente del mismo». La ley vigente ha recibido la misma idea, aunque trasladándola geográficamente del sitio pues ahora aparece en el artículo que comentamos. Según él, el convenio arbitral puede adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente. La expresión de la ley bien merece algún comentario, que, en el orden de la pureza técnica no puede ser laudatorio. Ante todo, hay que decir que no se trata de un problema de pura forma porque es sobre todo un problema de relación entre negocios jurídicos que per se son distintos. Por la misma razón, no es admisible convertir el convenio arbitral o acuerdo independiente en pura «cláusula». El legislador ha confundido probablemente las realidades jurídicas negociales y sus plasmaciones documentales. Desde el punto de vista negocial, habrá dos convenios

El actual TRLCyU regula en sus arts. 57 y 58 el sistema arbitral de consumo. Las materias que podrán someterse a arbitraje son aquellas que deriven del contrato suscrito entre empresarios y consumidores al que se refiere el art. 59 del mismo texto. Estos preceptos no establecen este requisito como necesario. No obstante, la responsabilidad extracontractual que se derive no sería nunca una controversia entre consumidor y empresario y tendría que acudir a la vía judicial ordinaria para dirimir tales conflictos. Quedan excluidas, como no podía ser de otra manera, aquellas controversias que pudieran derivar en un delito tales como las intoxicaciones, las lesiones o la muerte u otros delitos de otra índole e incluso los daños y perjuicios que pudieran derivarse de aquellos.

B) Juntas de Arbitrales de Consumo

Aunque ya hemos adelantado algunos puntos del avance que ha supuesto el RD 231/2008. El arbitraje previsto en el Sistema Arbitral de Consumo continúa con su carácter gratuito, voluntario y antiformalista. Es un arbitraje administrativo institucional que dirime las controversias que surjan entre consumidores y empresarios. La LA intervendrá de forma supletoria a lo dispuesto en el RD 231/2008 que imita en gran parte el funcionamiento de la LA. De idéntica forma, al ser un órgano administrativo, tanto las notificaciones como la actividad de las Juntas de Arbitrales de Consumo se regularán conforme a las disposiciones de la Ley 39/2015 en aquellas cuestiones que no contemple el RD 231/2008 como dispone el art. 3 de este cuerpo normativo. Son cuatro los órganos que intervienen en el Sistema Arbitral de Consumo: Juntas Arbitrales de Consumo, la Comisión de las Juntas Arbitrales de Consumo, el Consejo General del Sistema Arbitral de Consumo y los órganos arbitrales. Ciertamente, no parecía necesario un compendio tan amplio de órganos. Particularmente, la Comisión de las Juntas Arbitrales de Consumo no tiene encomendadas funciones irreemplazables que podrían haberse eliminado o diluido entre el resto de órganos.

Entre las funciones de las Juntas Arbitrales de Consumo, establecidas en el art. 5, nos encontramos la prestación de servicios de soporte técnico y de secretaría; fomentar el arbitraje de consumo procurando la adhesión de las empresas mediante la oferta pública de adhesión; o asegurar el recurso a la mediación con carácter previo al arbitraje; o gestionar un registro de laudos públicos. El recurso a la mediación es renunciable⁶³¹ por cualquiera de las partes, debido a que se antoja complicado pensar que un consumidor participa un arbitraje sin haber previamente tratado de alcanzar algún tipo de acuerdo frente al empresario, si bien puede resultar útil para advertir al empresario de que los propósitos del consumidor son reales. Asimismo, el Presidente de la Junta Arbitral de Consumo será competente para retirar la acreditación para actuar como árbitro (art. 23) previo informe de la Comisión de las Juntas Arbitrales de Consumo. La retirada podrá iniciarse de oficio o previa denuncia y deberá demostrarse que el árbitro ha dejado de reunir las condiciones técnicas u honoríficas necesarias para actuar como árbitro. La competencia para retirar la condición de árbitro acreditado al Presidente de la Junta Arbitral de Consumo le corresponderá a la Administración que lo designó.

yuxtapuestos y relacionados entre sí. O, por lo menos, claramente puestos en conexión. Hablar de «cláusula» o de «acuerdo independiente» sólo tiene sentido desde el punto de vista documental. Por eso tal vez habría sido más correcto decir que el convenio arbitral podrá plasmarse en el mismo documento en el que las partes celebren un contrato o en otro independiente», en «Comentario al art. 9 Ley de Arbitraje», cit.

⁶³¹ Art. 38 RD 231/2008

Existirá una Junta Arbitral Nacional, adscrita al AECOSAN y las Juntas territoriales que serán constituidas mediante convenio de colaboración entre las Administraciones Públicas y el AECOSAN. Las Juntas Arbitrales de Consumo estarán compuestas por un Presidente y un Secretario designados por la Administración Pública de la que dependa la Junta. Las decisiones que adopte el Presidente pondrán fin a la vía administrativa (art. 7).

En cuanto a la competencia para conocer de las solicitudes de arbitraje, será competente para dirimir el conflicto la Junta Arbitral de Consumo que pacten las partes. Como en la práctica será muy difícil que las partes acuerden qué Junta Arbitral de Consumo es competente, se establece que en defecto de Pacto será competente la del domicilio del consumidor. Dado que en la nueva regulación se establece que el sometimiento a arbitraje sólo será válido, para el consumidor, una vez iniciado el conflicto, nos planteamos qué sucede para aquellos casos en los que las partes hayan pactado previamente un arbitraje en un lugar distinto al del domicilio del consumidor y este quiera acudir a un arbitraje pero en su territorio. No parece que el RD 231/2008 constriña a ninguna de las partes a aceptar esa nueva situación que podrá ser rehusada por el empresario salvo que no esté limitada territorialmente la oferta pública de adhesión al arbitraje.

La Comisión de las Juntas Arbitrales de Consumo (art. 9), por su parte, es un órgano colegiado compuesto por un presidente y dos vocales designados por el Consejo General del Sistema Arbitral de Consumo que se encarga de establecer criterios homogéneos sobre el funcionamiento del Sistema Arbitral de Consumo tales como emitir dictámenes cuando existan laudos dispares con el mismo presupuesto fáctico y resolver recursos que se alcen contra las decisiones de los Presidentes de las Juntas de Arbitrales de Consumo sobre la inadmisión de la solicitud de arbitraje. Como analizaremos posteriormente, no parece que tales decisiones revistan una complejidad que necesiten ser examinadas por otro órgano distinto, ni la existencia de laudos dispares justifica la de este órgano, puesto que los dictámenes a los que se refiere el art. 11 bien podrían ser emitidos por la Junta Arbitral Nacional.

Entre las únicas funciones que merecen destacarse se encuentran la emisión de un informe preceptivo en la admisión de ofertas públicas de adhesión al sistema arbitral de consumo y el informe preceptivo y no vinculante para el procedimiento de retirada de la acreditación como árbitro del Sistema Arbitral de Consumo. Aunque estas funciones, de nuevo, podrían haber sido suplidas por la Junta Arbitral Nacional u otro órgano de AECOSAN.

En cuanto al Consejo General del Sistema Arbitral de Consumo, es el órgano de representación y participación en materia de arbitraje de consumo (art. 12), constituido por el presidente, el vicepresidente y los consejeros. El Presidente será el mismo que en AECOSAN y el vicepresidente será el director de dicho organismo. Existe un amplio abanico de consejeros entre los que destacan el Presidente de la Junta Arbitral Nacional, cuatro presidentes de Juntas Arbitrales territoriales, un representante de los Ministerios de Justicia, de Economía y Hacienda, de Administraciones Públicas y de Industria, Turismo y Comercio o representantes tanto de asociaciones de consumidores y usuarios como de asociaciones de empresariales. El hecho de que las Comunidades Autónomas se arrogaran la competencia en materia de protección de consumidores y usuarios a partir de un criterio interpretativo del art. 149 de la CE, ha provocado que su presencia se extienda hasta el Consejo General del Sistema Arbitral de Consumo. Sin embargo, sí resulta plausible que los consumidores y usuarios y los empresarios, que son los verdaderos actores del Sistema Arbitral de Consumo, tengan representación en el Consejo. Entre sus funciones destacan: (i) la aprobación de programas comunes de formación de árbitros, (ii) la elaboración de

directrices generales sobre los supuestos de admisión de las ofertas públicas de adhesión limitada al Sistema Arbitral de Consumo, (iii) la aprobación de la memoria y (iv) funciones de apoyo al fomento del Sistema Arbitral de Consumo.

C) Órganos arbitrales y árbitros

Los órganos arbitrales (art. 16) estarán compuestos por los árbitros propuestos por: la Administración, las asociaciones de consumidores y usuarios inscritas en el Registro estatal de asociaciones de consumidores y usuarios y las organizaciones empresariales (como pudiera ser la CEOE). Cuando estos arbitrajes se diriman ante una Cámara de Comercio, serán estas quienes propongan los árbitros a la Junta Arbitral de Consumo correspondiente. Como vemos, se fomenta la participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las empresas en la planificación del Sistema Arbitral de Consumo para evitar que ninguna de las dos partes que enfrentarán sus conflictos esté en desventaja respecto de la otra. En efecto, aunque siempre se ha señalado la obvia desventaja de la que parte el consumidor frente al empresario, en los últimos años la creciente labor de las asociaciones de consumidores y usuarios y la promulgación de normas dirigidas a su protección ha igualado la inicial desventaja reflejada en el actual Sistema Arbitral de Consumo. Pero tampoco puede olvidarse que las empresas gozan de una serie de derechos con los que articular su defensa frente a los consumidores y no debe existir una presunción de culpabilidad del empresario frente al consumidor.

Los árbitros deberán estar acreditados y se elaborará también una lista dividida por sectores especializados para procurar que los árbitros que actúen sean los que estén técnicamente más preparados para resolver la disputa. El Consejo General del Sistema Arbitral de Consumo determinará los criterios “*de honorabilidad y cualificación*” para ser nombrado árbitro. Y, en todo caso, los propuestos por la Administración serán licenciados en Derecho, aunque el arbitraje sea en equidad (art. 17), mientras que los propuestos por las asociaciones de consumidores y usuarios y las organizaciones empresariales deberán cumplir este requisito únicamente cuando el arbitraje sea de derecho (art. 21). No se entiende bien este carácter contradictorio. El planteamiento más lógico hubiera sido estipular una serie de condiciones de carácter objetivo para ser acreditado árbitro en derecho y otra para ser acreditado árbitro en equidad y que el árbitro cualificado para arbitrar en derecho tuviera credenciales también para arbitrar en equidad.

En el art. 19 se establece la posibilidad de que actúe un único árbitro en lugar de un órgano arbitral en los siguientes casos: (i) cuando las partes así lo acuerden; (ii) cuando lo acuerde el presidente de la Junta Arbitral de Consumo, siempre que la cuantía sea inferior a 300 euros y que la falta de complejidad del asunto así lo aconseje. El legislador ha sido demasiado cauteloso y teniendo en cuenta que es un arbitraje gratuito, no entendemos como ha exigido que tengan que concurrir una cuantía tan ínfima junto a la falta de complejidad del conflicto para que actúe un único árbitro. El presidente de la Junta Arbitral de Consumo debería estar habilitado para nombrar un único árbitro en cualquier ocasión en el que la complejidad del asunto sea irrisoria y no limitarlo a que, además, la cuantía fuera inferior a 300 euros. Desde luego que se debería haber establecido una cuantía muchísimo más elevada, máxime cuando se permite a las partes oponerse a la designación de un árbitro único en todo caso. Por tanto, de *lege ferenda*, en caso de que ambas partes se opusieran a la designación de un árbitro único, el coste de la actuación de los dos árbitros propuestos por las partes deberían asumirlo ellas y no el erario público. Si los árbitros han sido acreditados significa que están capacitados para resolver el arbitraje

independientemente de su cuantía y complejidad. Y debemos recordar que siempre le cabría al vencido accionar la anulación del laudo ante el órgano judicial competente en caso de que concurra alguna causa de anulación.

Por otro lado, siempre que actúe un árbitro único, será licenciado en derecho como requiere la propia LA. En caso de que actúen de forma colegiada, presidirá siempre el árbitro designado por la Administración; razón por la que se exige su condición de licenciado en derecho.

Los árbitros actuarán con independencia, imparcialidad y confidencialidad y no podrán actuar quienes hubieran mediado previamente en el conflicto o guardaran una relación estrecha con las partes (art. 22). Las partes podrán recusar a los árbitros que se encontraran en alguna de las situaciones descritas en el plazo de diez días y el árbitro podrá renunciar en 48 horas desde que se le notifique la recusación planteada. El presidente de la Junta Arbitral de Consumo decidirá si admite o no la recusación previa audiencia del árbitro o del órgano arbitral, si lo hubiere. Si se aceptara la recusación y se hubiera designado árbitro suplente, será este quien asumirá el cargo y le correrá el turno para ser designado nuevamente como árbitro.

D) Convenio arbitral y oferta pública de adhesión

El convenio arbitral puede revestir cualquier forma que demuestre su existencia siempre que conste por escrito; pero no es necesario que conste firmado siempre que se demuestre su validez mediante un intercambio por vía electrónica. La sumisión a arbitraje por el consumidor se entenderá realizada con la solicitud de arbitraje o cualquier otro pacto que nazca junto a la controversia⁶³² de forma que cualquier convenio arbitral pactado con anterioridad al inicio de la disputa únicamente vinculará al empresario que se haya sometido a arbitraje; pero no impedirá que el consumidor pueda optar por la vía judicial en detrimento del arbitraje. De esta forma se elimina la tradicional polémica sobre la validez de los convenios arbitrales incluidos en contratos de adhesión, que en multitud de ocasiones acababan con la anulación del laudo por parte del órgano judicial competente. La cuestión llegó al TJCE, que resolvió en Sentencia de 26 de octubre de 2006⁶³³ que:

“La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 (LCEur 1993, 1071) sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que implica que un órgano jurisdiccional nacional que conoce de un recurso de anulación contra un laudo arbitral ha de apreciar la nulidad del convenio arbitral y anular el laudo si estima que dicho convenio arbitral contiene una cláusula abusiva, aun cuando el consumidor no haya alegado esta cuestión en el procedimiento arbitral, sino únicamente en el recurso de anulación”.

Sin embargo, seguía habiendo margen para la discrecionalidad del órgano decisor, con la consecuente disparidad de soluciones al quedar al arbitrio del órgano judicial decidir si el convenio arbitral que llevara al consumidor a litigar ante un arbitraje distinto del de consumo era una cláusula abusiva. En la práctica se anulaban aquellos convenios que no permitían al consumidor acudir a la jurisdicción ordinaria o a una institución arbitral de

⁶³² Art. 24.3 del RD 231/2008.

⁶³³ Asunto *Elisa María Mostaza Claro contra Centro Móvil Milenium, S.L.* Sentencia TJ de 26 octubre 2006 C 168/05

consumo⁶³⁴, o cuando implicaba el desplazamiento territorial del consumidor; con lo que la nueva regulación ha plasmado el parecer de los tribunales. Lo que se haya detrás de la reforma, es la ineficacia del tradicional art. 10.4 de la LGCyU, que no evitaba que los empresarios incluyeran convenios arbitrales distintos a los de consumo y el consumidor tenía que accionar la vía judicial para anular aquellos laudos que se hubieran dictado en su contra, con lo que se producían una serie de escenarios que era deseable evitar: (i) costes para las partes al acudir a un arbitraje privado; y (ii) burocracia procesal excesiva que hacía al consumidor pasar por varias instancias antes de ver resarcida su disputa.

La creación de las Juntas Arbitrales de Consumo a través de las normas indicadas supuso un avance muy relevante para acercar el arbitraje a los consumidores y usuarios. Una de las principales ventajas que se introdujeron en el RD 636/1993 (ya derogado RD 231/2008) fue la oferta pública de adhesión al sistema arbitral de consumo. Esto significa que una empresa que pudiera ser objeto de múltiples reclamaciones por parte de consumidores y usuarios podía adherirse de forma global al sistema arbitral de consumo y desde entonces, siempre que un consumidor iniciara un arbitraje, se compelió a la empresa adherida a actuar como demandado en el arbitraje.

Desde luego que, una vez analizada la problemática constitucional de los arbitrajes obligatorios, podría parecer que en estos supuestos se transgrede también el principio de autonomía de la voluntad para participar de los arbitrajes. Así pues, una cosa es que para un concreto arbitraje una empresa preste su consentimiento para actuar, y otra muy distinta que cupiera la adhesión general a todos los arbitrajes, de forma que ni siquiera manifestando su voluntad de no querer participar en un determinado arbitraje, se viera constreñido el empresario a acudir a este sistema de resolución de conflictos por haber prestado su conformidad de forma general.

No obstante, entendemos que existen varias razones que justifican esta forma de convenio arbitral. En primer lugar, resultaría muy costoso a la entidad ir decidiendo cuándo opta por participar en un arbitraje y cuándo se negaría, lo que implicaría un análisis pormenorizado de cada caso con anterioridad a siquiera proceder a su defensa, y debido al coste que eso supondría, rechazarían acudir al arbitraje. Como consecuencia de lo anterior, se abocaría al sistema arbitral de consumo a un inmediato fracaso. En segundo lugar, se concede a las empresas la facultad de denunciar el convenio arbitral, lo que coadyuva a cumplir con los mandatos constitucionales y permite afirmar que no choca con la doctrina constitucional instaurada respecto a los arbitrajes obligatorios. En tercer lugar, porque en caso de tener que prestar su consentimiento de forma individualizada, las empresas retrasarían el inicio de los arbitrajes y pondrían las trabas que el sistema arbitral quiere evitar. Y, en cuarto lugar, porque se permite a las empresas fijar unos parámetros de arbitrabilidad.

Como consecuencia de lo anterior, una práctica habitual es que las empresas que elijan formar parte de la oferta pública de adhesión al sistema arbitral de consumo delimiten los asuntos que queden sujetos a este procedimiento. Esto se considera una oferta pública de adhesión limitada, cuya contrapartida son las ofertas totales de adhesión. La manera más habitual es que establezcan una serie de requisitos cualitativos como que los asuntos superiores a una determinada cuantía queden excluidos de tales arbitrajes –criterio negativo– o que los procedimientos que afecten únicamente a consumidores y usuarios según la doctrina jurisprudencial sean los que puedan quedar sometidos a estos arbitrajes –criterio positivo–. Curiosamente, la mayoría de entidades suelen adoptar criterios negativos para establecer los ámbitos de actuación, esto es, que no se cumplan unas determinadas

⁶³⁴ Audiencia Provincial de Madrid (Sección 20ª), Auto nº 106/2008 de 13 marzo. JUR 2008\207446.

condiciones para que quepa el arbitraje. Y, desde luego, rechazan utilizar límites cuantitativos como que únicamente quepan un número determinado de arbitrajes al año debido a la discriminación que supondría para consumidores que solicitaran el arbitraje una vez rebasado el límite de arbitrajes fijados por la empresa.

En la oferta pública de adhesión deben enumerar las Juntas Arbitrales a las que aceptan quedar sometidas, si el arbitraje se configurará de derecho o de equidad, si renuncian a la mediación y la validez de la oferta. En caso de no contar con estos extremos se entenderá realizada en equidad, por tiempo indefinido y con aceptación de la mediación con carácter previo. No se consideran ofertas públicas de adhesión limitadas aquellas que restrinjan su oferta a un plazo inferior a un año o las que la circunscriban al territorio donde la empresa desarrolle principalmente su actividad puesto⁶³⁵.

En el caso de ofertas limitadas, la Comisión de las Juntas Arbitrales de Consumo emitirá un informe preceptivo sobre su admisión y en caso de resultar negativo será vinculante y no podrá ser reexaminado por la Junta Arbitral de Consumo. La Junta Arbitral de Consumo correspondiente al territorio donde la empresa desarrolle su actividad o de superior ámbito territorial en caso de confluencia de varias, por su parte, admitirá o rechazará las ofertas públicas de adhesión. En caso de aceptar la oferta pública de admisión otorgará a la empresa el un distintivo especial.

Por su parte, en caso de que la oferta de adhesión sea limitada, podrá denegar la utilización del distintivo oficial, o bien permitirá a la empresa utilizar un emblema en el que se refleja sin ambigüedades que la oferta de adhesión es limitada.

La existencia de los reproducidos distintivos permite al empresario ofrecer al consumidor la seguridad de que en el caso de que surja una disputa entre ambos, se podrá resolver ante el sistema arbitral de consumo. Otorgando un valor añadido a los productos ofertados por la empresa. De esta forma, el consumidor conoce de antemano qué empresa está sometida al sistema arbitral de consumo y puede ser la diferencia que le lleve a decidir por la contratación de un bien o servicio en detrimento de otro.

En el caso de que el empresario decida salirse del sistema arbitral de consumo, deberá denunciar la oferta ante la Junta Arbitral de Consumo competente. Desde ese instante perderá el derecho a utilizar el distintivo oficial. En el caso de que incumpla esta premisa y los consumidores elevaran una solicitud de arbitraje de consumo, el empresario quedará sometido por haber continuado haciendo uso del distintivo oficial habilitante. En el supuesto ordinario de que no continúe utilizando el distintivo oficial, la denuncia desplegará efectos a partir los 30 días naturales desde su comunicación. Asimismo, podrá ser retirado el distintivo oficial por realizar un mal uso, expiración del plazo, infracciones que lesionen gravemente los derechos del consumidor o por incumplir los laudos reiteradamente. Resulta curiosa esta última, que se impone como medida de retorsión frente a las empresas para tratar de garantizar el cumplimiento de los laudos de forma inmediata y evitar que el consumidor tenga que acudir a las instancias judiciales para su ejecución.

Para alentar a las empresas a participar en el sistema arbitral de consumo, el RD 231/2008 prevé en su art. 31 un registro público gestionado por el ECOASAN. Las Administraciones Públicas deberán fomentar también la participación de las empresas e incluso podrán establecer incentivos a aquellas que realicen una oferta pública de adhesión.

Los contratos de adhesión han preocupado al legislador al determinar qué cláusulas pueden considerarse abusivas en la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones

⁶³⁵ Art. 25 RD 231/2008.

Generales de Contratación (LCGC); pero también en la propia LA 2003 cuyo art. 9.2 es tributario de la sensibilidad que procuran los contratos de adhesión y dispone:

“Si el convenio arbitral está contenido en un contrato de adhesión, la validez de dicho convenio y su interpretación se regirán por lo dispuesto en las normas aplicables a ese tipo de contrato.”

En consecuencia, cabe cuestionar aquellas cláusulas arbitrales insertas en contratos de adhesión cuando conforme al art. 7 LCGC:

2a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del art. 5.

b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato².

La realidad que subyace es más sencilla: para preservar la igualdad que preconiza el art. 24 LA, el pacto de arbitraje debe ser expreso y además debe remitirse, en caso de consumidores, a Juntas Arbitrales Consumo como dispone la Disposición Adicional Primera LCGC que recopila ciertas cláusulas que deben reputarse abusivas y el art. 90.1 TRLCyU que recoge como abusiva

“La sumisión a arbitrajes distintos del de consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para un sector o un supuesto específico.”

La cuestión interesante es saber si los propios árbitros pueden cuestionar el desempeño de su misión mediante un análisis de la cláusula abusiva que denuncie, en su caso, una de las partes. Y, desde luego, por atribución del *Kompetenz-Kompetenz* parece lo más apropiado ya que si sus poderes dependen de la competencia que se les otorga y entre las cuales rige el examen de su propia competencia, es óptimo que esa revisión inicial la efectúe el árbitro con efectos de cosa juzgada y así dirima en un primer estadio del arbitraje si tiene o no competencia. Máxime si se entiende que este desequilibrio constituye un elemento esencial del ordenamiento que legisla sobre el arbitraje, con lo cual puede hacer su aparición el límite que supone el orden público. Por ello, veremos que este supuesto constituye una excepción a la regla sana que luego establece la propia ley sobre la incomunicación de la nulidad de un contrato y la cláusula en que se establezca el convenio arbitral.

Esta regla del *Kompetenz-Kompetenz* abarca lo que se conoce como separabilidad del convenio arbitral respecto del contrato principal, en el sentido de que la validez del convenio arbitral no depende de la del contrato principal y que los árbitros tienen competencia para juzgar incluso sobre la validez del convenio arbitral

Por eso, adelantando ideas, hay que subrayar que cuando se indica que la nulidad de un contrato no llevará consigo *necesariamente* la del convenio arbitral accesorio, se está haciendo una doble matización a la teoría general sobre la contratación en la ordenación jurídica del arbitraje fruto del convenio arbitral, que conviene recordar.

De un lado, específicamente se indica que el convenio arbitral es un elemento *autónomo* de otro principal. Y aquí se rompe la continuidad entre la obligación principal y el convenio arbitral. Y se rompe de manera singular por la consideración *a se stante* del

convenio arbitral independientemente de la validez o no del contrato principal. En nuestra LA 2003 se regula en el art. 22:

“1. Los árbitros estarán facultados para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. A este efecto, el convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La decisión de los árbitros que declare la nulidad del contrato no entrañará por sí sola la nulidad del convenio arbitral.”

La desigualdad entre las partes, como sucede por definición en un contrato de adhesión, resulta repulsiva al orden esencial del arbitraje, con lo cual, reclamándose a la más enérgica exigencia, impone que el árbitro examine su propia competencia; esto es: la abusividad (o no) del convenio arbitral inserto en el contrato de adhesión. Y quien promueva la abusividad del convenio arbitral deberá hacerlo valer, como tarde, en la contestación a la demanda *ex art. 22.2 LA*:

“2. Las excepciones a las que se refiere el apartado anterior deberán oponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación, sin que el hecho de haber designado o participado en el nombramiento de los árbitros impida oponerlas. La excepción consistente en que los árbitros se exceden del ámbito de su competencia deberá oponerse tan pronto como se plantee, durante las actuaciones arbitrales, la materia que exceda de dicho ámbito.

Los árbitros sólo podrán admitir excepciones opuestas con posterioridad si la demora resulta justificada.”

Y el árbitro tendrá la facultad de resolver sobre su competencia mediante un laudo parcial o bien en el laudo de fondo (art. 22.3° LA). A salvo quedan para el demandado, desde luego, la posibilidad de anular el convenio arbitral por los motivos propios del código civil de los arts. 1261 y 1265 CC.

Las combinaciones entre ambos tipos de argumentos – estanqueidad de la comunicación de la nulidad del contrato principal al accesorio, de un lado, y posible anulación o reinterpretación del convenio arbitral por nulidad basada en la desigualdad entre partes en un contrato de adhesión – pueden dar lugar a variadas situaciones. Y es la consideración del contrato de adhesión el que delimita el alcance, extensión y límites de la comunicación de la invalidez del contrato principal y el accesorio convenio arbitral.

Como complemento de esta idea – fuerza del mantenimiento del equilibrio jurídico entre partes, aun adelantando conceptos, cabe indicar que el art. 9.3., refuerza esta sustancial igualdad al decir:

“Será nulo el convenio arbitral que coloque a una de las partes en cualquier situación de privilegio con respecto a la designación de los árbitros”.

Vemos como esta ley está transida de respeto por lograr una situación *ceteris paribus* para que el arbitraje cumpla su función predominante de atender a impartir una solución justa o equitativa.

Ha de resaltarse que el hecho de que una de las partes colabore activamente en la designación de los árbitros no supone ningún tipo de renuncia tácita a hacer valer la incompetencia objetiva de éstos. Es una lógica consecuencia de la regla de Kompetenz—Kompetenz: si son los árbitros los que han de decidir sobre su propia competencia, la parte está simplemente contribuyendo a designar a quien o a quienes podrán decidir sobre dicha

competencia. Lo contrario abocaría a la parte a una situación absurda: debería permanecer pasiva durante la designación de los árbitros para poder luego alegar su falta de competencia sobre la controversia. La regla de la alegación previa de las cuestiones atinentes a la competencia de los árbitros tiene una razonable modulación en los casos en que la alegación tardía está, a juicio de los árbitros, justificada, en la medida en que la parte no pudo realizar esa alegación con anterioridad y que su actitud durante el procedimiento no puede ser interpretada como una aceptación de la competencia de los árbitros.

E) Mediación previa

La mediación se configura como un actor necesario del sistema arbitral de consumo. Como anticipábamos, el consumidor no va a acudir directamente a un arbitraje sin haber intentado solucionar sus quejas ante los recursos internos de la compañía. Actualmente, el poder de divulgación del consumidor a través de foros y redes sociales puede ocasionar unos daños trascendentales que antes eran imperceptibles para las empresas. Tales comentarios, evidentemente, hay que tomarlos con la cautela que requiere el hecho de ser comentarios bajo pseudónimos y sin acreditar; pero no cabe duda de que esa indagación pueda hacer que el consumidor se decida por una compañía u otra. Por estas razones, los servicios de reclamaciones internos de las empresas se han cualificado para poder dar respuestas rápidas y acordes que liquiden el conflicto generado por el consumidor. Anteriormente, los empresarios, sobre todo los de empresas de grandes dimensiones, confiaban en la pasividad del consumidor ante una pequeña reclamación.

Derivado de lo anterior, entendemos que la mediación es un paso en ocasiones innecesario porque el consumidor habrá realizado las anteriores pesquisas para ver reparada su queja. Y cuando el empresario la ha rechazado activamente, en el caso de multinacionales, normalmente se debe a que confía en su posición procesal, que habrán revisado sus empleados.

El art. 38 del RD 231/2008 disciplina la mediación en el sistema arbitral de consumo, aunque a lo largo de la norma se menciona explícitamente la mediación en numerosas ocasiones. Una vez constatado que no concurren causas de inadmisión a la solicitud del arbitraje, y siempre que las partes no hubieran renunciado expresamente al instituto de la mediación, se intentará mediar para que las partes alcancen un acuerdo que ponga fin al conflicto.

F) Procedimiento

Realizada y aceptada la solicitud de arbitraje, el presidente de la Junta Arbitral de Consumo designará los árbitros –o un árbitro, según corresponda– que dirimirán el arbitraje, que podrán ser tomados de la lista de árbitros especializados cuando por la complejidad del arbitraje sea necesario. Al igual que en los arbitrajes tradicionales, el arbitraje estará presidido por los principios de audiencia, contradicción e igualdad, y la infracción de estos principios conllevará a la nulidad del laudo.

Una de las cardinales novedades que introduce el nuevo texto es la posibilidad de reconvenir al demandado. Si la materia fuera ajena al ámbito de consumo se rechazará la reconvencción o si versara sobre una disputa distinta a la discutida. Para facilitar la

celeridad y el auxilio a las partes, las audiencias podrán ser simplemente escritas o por videoconferencia, algo que aún le cuesta asimilar a los tribunales ordinarios.

La gratuidad del procedimiento cede en cuanto a la práctica de las pruebas propuestas por cada una de las partes, si bien la Junta Arbitral de Consumo o la Administración, cuando proceda, asimilarán aquellas propuestas de oficio por el tribunal arbitral. En cuanto a la prueba, no es rígido el principio de aportación de parte, pudiendo el tribunal arbitral ordenar que se practiquen de oficio cuantas pruebas entienda imprescindibles para esclarecer del conflicto. La incomparecencia de las partes no impedirá que el laudo despliegue sus efectos contra el vencido.

El laudo pondrá fin al procedimiento en un plazo de seis meses prorrogable por otros dos, mediante decisión por mayoría resolviendo sobre el fondo del conflicto; cuando el reclamante no hubiera concretado su pretensión; cuando las partes se pongan de acuerdo, en cuyo caso el laudo conciliatorio deberá ser adoptado en quince días desde que las partes alcanzaron el acuerdo; o cuando la comprueba la imposibilidad de continuar con las actuaciones, en cuyo caso podrá quedar expedita la vía judicial. En cuanto a su forma y contenido, está regido por la LA y será siempre motivado.

G) Arbitrajes electrónicos y colectivos

El arbitraje electrónico es uno de los grandes avances propugnados por el RD 231/2008. Se configura a partir del art. 51 del RD 231/2008 que define este tipo de arbitrajes como aquél que “se sustancia íntegramente, desde la solicitud de arbitraje hasta la terminación del procedimiento, incluidas las notificaciones, por medios electrónicos, sin perjuicio de que alguna actuación arbitral deba practicarse por medios tradicionales”. Para autenticar la identidad de los participantes se procurará el uso de la firma electrónica.

En la adaptación de la Justicia a los nuevos medios de comunicación, las notificaciones siempre han surgido como uno de los obstáculos mayores al desarrollo de los medios tecnológicos. En los arbitrajes electrónicos se comenzará a computar el plazo de notificación una vez que el remitido haya accedido al correo electrónico facilitado. En el caso de que no contestara en el plazo de diez días se procederá a la publicación edictal en las sedes electrónicas de las Juntas Arbitrales de Consumo correspondientes. No obstante, no nos termina de convencer la solución ofrecida por el legislador. Entendemos que los correos electrónicos se enviarán con el “acuse de recibo” que deje constancia de que el remitido ha tenido acceso al correo electrónico. Sin embargo, muchos programas informáticos permiten observar los correos electrónicos sin tener que abrirlos formalmente o dejar constancia de ese “acuse de recibo”⁶³⁶. Hubiera sido conveniente, ya que de innovación estamos tratando, que junto al envío por correo electrónico se remitiera a la vez un mensaje de texto indicando que se ha enviado un correo electrónico a la dirección facilitada y que se entenderá por efectuada la notificación desde ese instante. La propia Administración se está comunicando por estos medios con los contribuyentes en numerosas ocasiones. Si hubiera que practicar alguna prueba oral, se hará por videoconferencia.

La sede del arbitraje, que es importante a efectos de determinar en qué lugar debería procederse a instar la acción de anulación, será la del lugar donde tenga su sede la Junta

⁶³⁶ Por citar uno de los programas a los que me refiero, baste comprobar la funcionalidad de Microsoft Outlook.

Arbitral de Consumo que está conociendo del asunto, salvo que en el laudo figurara un lugar distinto.

El art. 56 recoge que

“El arbitraje de consumo colectivo tiene por objeto resolver en un único procedimiento arbitral de consumo los conflictos que, en base al mismo presupuesto fáctico, hayan podido lesionar los intereses colectivos de los consumidores y usuarios, afectando a un número determinado o determinable de éstos”.

En efecto, al igual que los procedimientos colectivos han servido para descongestionar el sistema judicial y para que los consumidores aunaran fuerzas para igualar el natural equilibrio inicial con las empresas, el arbitraje de consumo contempla la posibilidad de que en un solo arbitraje se dilucide la posible infracción del derecho de los consumidores y usuarios.

La Junta Arbitral Nacional será competente salvo que todos los reclamantes residan en una misma Comunidad Autónoma, en cuyo caso será la Junta Arbitral de dicho territorio la que administre el arbitraje. No obstante, en caso de que el empresario rechace discutir el conflicto colectivo en un único procedimiento en el plazo de 15 días, la Junta Arbitral de Consumo procederá al archivo de las actuaciones sin más dilación. Es un error flagrante el cometido por el legislador que debería haber compelido a las empresas a celebrar un arbitraje de consumo colectivo. Las ventajas de esta propuestas son innumerables: (i) evitar el incremento de costes de la separación de procesos tanto para los consumidores, como los empresarios, como la Administración, (ii) evitar la existencia laudos contradictorios con un sustrato fáctico y jurídico idénticos, (iii) garantizar las ventajas de un procedimiento acelerado o (iv) adoptar una solución más cualificada al contar en un único procedimiento con los presupuestos técnicos indispensables para resolver una controversia de mayor envergadura. A mayor abundamiento, recordemos que las empresas siempre podrían haber rechazado en la oferta pública de adhesión, participar en arbitrajes de consumo colectivos.

En el caso de que el demandado acepte la constitución de un arbitraje de consumo colectivo, se trasladará a la Junta Arbitral de Consumo correspondiente, se publicará en el diario oficial del ámbito territorial procedente para que otros consumidores que no se hubieran añadido inicialmente puedan participar en el proceso. Este llamamiento –tal y como lo denomina el RD 231/2008– se hará por un plazo de dos meses a partir de los cuales comenzará el cómputo de seis meses, prorrogables por dos, para dictar el laudo. De nuevo nos parece que el legislador ha cometido otro error de bulto. Si ya era difícil que los empresarios aceptaran un arbitraje de consumo colectivo, la situación resulta inverosímil cuando se facilite e incite a demandar a otros consumidores que no tenían intenciones de hacerlo. Esa función publicitaria debería recaer en las asociaciones de consumidores y usuarios antes de iniciar el procedimiento y no en un órgano administrativo después de que la empresa en cuestión haya aceptado someter su controversia a arbitraje colectivo sin saber, siquiera remotamente, cuántos más demandantes se van a sumar al proceso pudiendo multiplicarse las hipotéticas pérdidas.

A pesar de que el RD 231/2008 guarde silencio sobre la cualidad de los árbitros que deberán dirimir estos conflictos, resultaría conveniente que fueran los más especializados. El legislador debería haber determinado la obligación de contar con árbitros expertos cuando la cuantía acumulada superase un importe determinado. Estos arbitrajes aún están en una edad naciente y no sabemos el desarrollo que pueden tener a futuro; pero si algún

día resultaran similares a las *class actions*, desde luego que el arbitraje propuesto no responde a las expectativas que se pueden proyectar.

La LA 2003 resultará de aplicación supletoria a lo dispuesto en estas normas y también en lo referente a la acción de anulación al ser considerados genuinos arbitrajes y el arbitraje electrónico y los actos realizados por vía electrónica resultarán regidos, en lo no contemplado por la TRLCyU y el RD 231/2008, por la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos.

II. Arbitraje en el sector de los transportes

1. Antecedentes: las Juntas de Detasas

La denominación de Juntas de Detasas es claramente errónea, ya que en lugar de “Juntas” debería de haberse establecido el nombre de Tribunal Arbitral, como lo es el término “Tasas” (tarifas percibidas por el ferrocarril), puesto que sus competencias y funciones van mucho más allá de esta específica materia. Su organización parte de la Ley de 24 de junio de 1938, aunque su jurisdicción se produce en el seno de una organización administrativa, existiendo una Junta de Detasas en cada capital de provincia, dependiendo de la Sección Central de las Juntas de Detasas integrada en la Dirección General de Ferrocarriles y Transportes por Carretera. Su competencia se resume al cumplimiento entre las empresas porteadoras y los usuarios de la normativa reguladora del contrato de transporte. Su competencia esencial se concreta a informar sobre las tarifas, así como de conciliación sobre las desavenencias que se produzcan entre la empresa y los usuarios. Tanto sus Presidentes como sus Secretarios habían de ser funcionarios Licenciados en Derecho del Cuerpo de Interventores del Estado en la Explotación de Ferrocarriles (actualmente denominado Cuerpo Técnico de Inspección del Transporte Terrestre), Cuerpo creado en los Presupuestos Generales del Estado de 1895 (art. 32), siendo la primera norma de regulación del Cuerpo el Decreto de 1 de septiembre de 1895, y su primer Reglamento aprobado por Decreto de 15 de septiembre de 1895, con la denominación de Reglamento para la Intervención del Estado en la Explotación de Ferrocarriles. Las Juntas de Detasas se organizaban en dos Secciones, la Sección Informativa y la Sección Contenciosa, siendo esta última la que se instauró como un Tribunal de Comercio.

Las Juntas de Detasas se constituyeron, pues, con dicho carácter de Tribunales de Comercio, como una jurisdicción especial en materia de transportes terrestres, debiendo ser sometidas a su conocimiento, de forma obligatoria, todas las reclamaciones derivadas del incumplimiento de los contratos mercantiles de transporte terrestre de mercancías y de viajeros, así como también de otros actos mercantiles (depósito, almacenaje, etc.). Las Juntas realizaron una función conciliadora en todas las reclamaciones, cualquiera que fuera su cuantía, teniendo carácter ejecutivo la certificación del acta en la que constaba la avenencia. Si la avenencia no tenía a lugar, las Juntas de Detasas resolvían con fuerza ejecutiva las reclamaciones cuya cuantía no excediera de 1.000 pesetas (cuantía posteriormente ampliada a 3.000 pts). Sobre las reclamaciones superiores a dicha cuantía, en el caso de no existir avenencia en el trámite de conciliación, se emitía un informe sobre la reclamación de que se tratase. Este informe o la certificación del acto de conciliación celebrado sin avenencia se regularon como condición necesaria previa para acudir a la vía jurisdiccional ordinaria.

El procedimiento se caracterizaba por las notas de rapidez en la resolución de las controversias, gratuidad, sencillez (ausencia de necesidad de acudir con asesores) y especialización (respecto de un ámbito complejo).

En este largo discurrir de las Juntas de Detasas, desde su creación en 1932 hasta su desaparición por la Disposición derogatoria de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres (LOTT), cabe hacer referenci a que el 1967 entraron en una fase de declive. Con posterioridad, el art. 463 de la Ley 34/1984, de 6 de agosto, de reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil, estableció la competencia exclusiva

de los Jueces de Distrito respecto de los actos de conciliación, lo que limitó a partir de entonces la competencia de las Juntas de Detasas a la gestión amistosa. Por el Real Decreto 1209/1985, de 19 de junio, se suprimió el Organismo Autónomo denominado "Servicio Central y Provinciales de las Juntas de Detasas", atribuyéndose a la Dirección General de Transportes y a las Direcciones Provinciales del Ministerio de Transportes, Turismo y Comunicaciones las funciones desarrolladas por dicho Organismo. Finalmente, la Disposición derogatoria de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres (LOTT), elimina las Juntas de Detasas al derogar expresamente las Leyes de 18 de julio de 1932 y de 24 de junio de 1938. La LOTRT, a la vez que deroga las Juntas de Detasas, crea en su sustitución (art. 37.1) las Juntas Arbitrales del Transporte, que permanecen vigentes en la actualidad.

2. Juntas de Conciliación e Información del Transporte Terrestre⁶³⁷

Al objeto de cumplir el mandato constitucional del art. 117.3 y 5, que establece el principio de unidad jurisdiccional como base de la organización y funcionamiento de los tribunales, así como de cumplir lo previsto en el art. 463 de la Ley 34/1984, de 6 de agosto, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las Juntas de Detasas se sustituyen por el Real Decreto 1721/1978, de 2 de junio, por las Juntas de Conciliación e Información del Transporte Terrestre. Como se expresa en el preámbulo este Decreto, la finalidad perseguida fue la de "transformar las antiguas Juntas de Detasas en atención al eficiente servicio que han venido prestando, como reiteradamente se ha reconocido por los sectores afectados, y muy especialmente por las Cámaras de Comercio, por las empresas de transporte y por los usuarios, modificando su competencia de forma que puedan continuar su labor, acomodándola a las exigencias de la unidad jurisdiccional".

Pero de hecho estas Juntas de Conciliación e Información no llegaron nunca a ponerse en funcionamiento, ya que el Decreto (en su Disposición Final) de su creación de 1978 demoró su vigencia a la posterior promulgación por Orden Ministerial de su Reglamento de funcionamiento, que no fue aprobado.

⁶³⁷ Vid. M. Baena del Alcázar, *Los transportes mecánicos por carretera en el Derecho administrativo español*, Madrid, Montecorvo, 1970; J.A. Campoy, "Regulación de las Juntas Arbitrales del Transporte y enmiendas de la CETM", *Revista Todotransporte*, nº 56. Mayo de 1989; F.J. Cascales Moreno, *Historia del Cuerpo Técnico de Inspección del Transporte Terrestre, antiguo de Intervención del Estado en la Explotación de Ferrocarriles*, Fundación Francisco Corell, 2014; N. González-Deleito y Domingo, "Aspectos jurídico-procesales de las Juntas de Detasas", *Revista Derecho y Economía del Transporte*, nº 45 1980; M. Guedeá Martín, "Los arbitrajes especiales en nuestro ordenamiento jurídico. Estudio específico de la Ley de Ordenación de los transportes terrestres", *Estudios sobre el Ordenamiento Jurídico del Transporte*, Zaragoza, Diputación General de Aragón; E. Mapelli, "Las Juntas Arbitrales del Transporte Terrestre", *Transporte* 3, nº 130, noviembre, 1989; *id.*, *El arbitraje en el transporte terrestre*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1990; *id.*, *Procedimiento ante las Juntas de Detasas o Tribunales de Comercio para los Transportes Terrestres*, Madrid, Ediciones Jura, 1952; *id.*, *Régimen Jurídico del Transporte*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1990; A. Martínez-Conde Ibáñez, *La resolución de las controversias en los contratos de transporte terrestre. Las juntas de tasas y las juntas arbitrales del transporte. Análisis comparativo del procedimiento ante las mismas* (tesis doctoral), Universidad Complutense, 1995; A. Moncada López, *El transporte por carretera en el Derecho español*, Ed. Santillana, 1962; J. Rico Sarrio y J.A. Ramírez López, *Transportes. Juntas de Detasas o Tribunales de Comercio para las Reclamaciones del Transporte*, Barcelona, Bosch, 1940; E. Roldán Carrillo, *Reclamaciones en los transportes por ferrocarril y carretera Procedimiento ante las Juntas de Detasas*, Madrid, 2 vols. Reus, 1944 y 1957; F.M. Sánchez Gamborino, *Doctrina jurisprudencial sobre el contrato de transporte terrestre*, Ed. Aguilar, 1957.

El Presidente de estas Juntas había de ser funcionario del Cuerpo de Inspectores del Transporte Terrestre que fueran Licenciados en Derecho” (antiguo de Interventores en la explotación de ferrocarriles y actual Cuerpo Técnico de Inspección del Transporte Terrestre).

El Decreto 1721/1978, ya previno los cometidos de las Juntas, siendo los esenciales los siguientes:

Conocer, en sustitución de los Juzgados de Distrito, de los actos de conciliación previos a la interposición de las demandas que se promovieran en juicios declarativos, en relación con el contrato de transporte terrestre por ferrocarril o por carretera, y fueren demandantes la entidad porteadora, las agencias de transporte o los usuarios.

Informar a los Juzgados y Tribunales, transportistas y usuarios, sobre las tarifas aplicables a los transportes terrestres, así como su correcta aplicación, y acerca de los usos de comercio de observancia general en los aludidos contratos.

Dictaminar, a requerimiento de usuarios y empresas de transporte, acerca de las condiciones y tarifas aplicables a los contratos de transportes, y sobre las incidencias derivadas de su ejecución.

Organizar y desarrollar las subastas de mercancías no retiradas y de objetos perdidos, en la forma y condiciones que reglamentariamente hubieran sido establecidas, y sin perjuicio de lo establecido para el transporte ferroviario.

Ejercitar las competencias no jurisdiccionales que, en materia de contratación y comercialización de transportes terrestres, se las hubiera atribuido.

No aprobándose el Reglamento de estas Juntas de Conciliación e Información del Transporte Terrestre, habiendo derogado parcialmente el Decreto 1721/1978 por la Ley 34/1984 de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la LOTT las suprimió, derogándose posteriormente el Decreto de 1978 de creación de estas Juntas por el Reglamento de aplicación de la LOTT, aprobado por el Real Decreto 1211/1990, de 18 de septiembre (ROTT).

A su vez, estas Juntas de Conciliación e Información del Transporte Terrestre fueron suprimidas por la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, que en su lugar creó (art.37.1) las Juntas Arbitrales del Transporte, “Como instrumento de protección y defensa de las partes intervinientes en el transporte”, pero no se reserva cargo alguno a los funcionarios del Cuerpo en estos nuevos organismos, ya que a tenor del ROTT (art.8.2º) “El Presidente y, en caso de estimarlo procedente, dos vocales como máximo, serán designados entre personal de la Administración con conocimiento de las materias de competencia de la Junta; El Presidente habrá de ser licenciado en Derecho”.

3. Juntas Arbitrales del Transporte

Como se ha indicado, la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres (LOTT), crea las Juntas Arbitrales del Transporte, siendo su objeto principal resolver reclamaciones de carácter mercantil relacionadas con el cumplimiento de los contratos de transporte terrestre y de actividades auxiliares y complementarias del transporte.

Pero estas Juntas Arbitrales del Transporte quedaron parcialmente inactivas por la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 174/1995, de 23 de noviembre, que declaró la nulidad del art. 38.2, párrafo primero, de la Ley 16/1987, de Ordenación de los Transportes Terrestres y, “como consecuencia de dicha nulidad, la del inciso primero del párrafo segundo del mismo precepto en la que se dice: «en las controversias cuya cuantía exceda de 500.000 pesetas”.

En concreto este art. 38 LOTT, en su originaria redacción, literalmente disponía lo siguiente:

“1. Las Juntas Arbitrales decidirán, con los efectos previstos en la legislación general de arbitraje, las controversias surgidas en relación con el cumplimiento de los contratos de transporte terrestre y de las actividades auxiliares y complementarias de transporte por carretera que, de conformidad con lo previsto en el punto siguiente, sean sometidas a su conocimiento.

2. Siempre que la cuantía de la controversia no exceda de 500.000 pesetas, las partes someterán al arbitraje de la Junta, cualquier conflicto que surja en relación con el cumplimiento del contrato, salvo pacto expreso en contrario. En las controversias cuya cuantía exceda de 500.000 pesetas, las partes contratantes podrán pactar expresamente el sometimiento al arbitraje de las Juntas de los conflictos surgidos en el cumplimiento de los referidos contratos de transporte.

3. El procedimiento conforme el cual debe sustanciarse el arbitraje, se establecerá por el Gobierno, debiendo caracterizarse por la simplificación de trámites y por la no exigencia de formalidades especiales.

4. Las Juntas Arbitrales realizarán, además de la función de arbitraje a la que se refieren los puntos anteriores, cuantas actuaciones les sean atribuidas”.

Esta Sentencia del TC, examinando la constitucionalidad del art. 38.2º, párrafo primero de la LOTT, desde la perspectiva de los arts. 24.1º y 117.3º CE, en tanto que el precepto cuestionado establece un arbitraje, obligatorio en principio, para las controversias surgidas en relación con el contrato de transporte terrestre cuya cuantía no exceda de 500.000 pesetas, analiza la consecuente exclusión de la vía judicial, al ser necesario un pacto expreso en contrario.

“Ello significa que para someter una controversia de las características de las que aquí se trata al conocimiento de los Jueces y Tribunales es preciso un pacto que expresamente así lo prevea; y un pacto supone, necesariamente, el concierto de dos o más voluntades, lo que, en último término, implica que el acceso a la vía judicial de las controversias sobre transportes terrestres de cuantía inferior a 500.000 pesetas está condicionado a que todas las partes implicadas presten su consentimiento. En definitiva, el precepto de la LOTT cuya constitucionalidad se cuestiona viene a establecer un arbitraje obligatorio, con el correspondiente efecto de excluir la vía judicial, salvo que las partes contratantes hagan explícita su voluntad en contrario. Si no existe pacto en contrario, el convenio arbitral nace ex lege, y puede invocarse, llegado el caso, como excepción, tal y como prevén expresamente el art. 11 de la Ley de Arbitraje, su disposición adicional tercera. 1, y el art. 533 de la L.E.C., al que, precisamente, la Ley de Arbitraje añadió como nueva excepción la de la sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje (apartado 8). Este art. 38.2 párrafo primero, de la LOTT, “resulta contrario, como ya hemos dicho, al derecho a la tutela judicial efectiva que tienen todas las personas para obtener de los Jueces y Tribunales la protección de sus derechos e intereses legítimos. La primera nota del derecho a la tutela consiste en la libre facultad que tiene el demandante para incoar el proceso y someter al demandado a los efectos del mismo. Quebranta, por tanto, la esencia misma de la tutela

judicial tener que contar con el consentimiento de la parte contraria para ejercer ante un órgano judicial una pretensión frente a ella. Esto es exactamente lo que hace el art. 38.2, párrafo primero, de la LOTT. No se opone a esta conclusión el posible control final por los órganos judiciales, a que aluden el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal con referencia al recurso de nulidad del laudo previsto en el art. 45 de la Ley de Arbitraje. La objeción, tendría consistencia si dicho control judicial no estuviera limitado -como lo está- a su aspecto meramente externo y no de fondo sobre la cuestión sometida al arbitraje; pero al estar tasadas las causas de revisión previstas en el citado art. 45, y limitarse éstas a las garantías formales sin poderse pronunciar el órgano judicial sobre el fondo del asunto, nos hallamos frente a un juicio externo (STC 43/1988 y Sentencias del Tribunal Supremo que en ella se citan) que, como tal, resulta insuficiente para entender que el control judicial así concebido cubre el derecho a obtener la tutela judicial efectiva que consagra el art. 24.1º CE”.

Conforme a este pronunciamiento, fue necesario y urgente restablecer la plenitud de las Juntas Arbitrales, lo que se llevó a cabo por medio del art. 1.62 la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales. Administrativas y del Orden Social, que dio nueva redacción al art. 38. 1 LOTT, prescribiendo:

“Corresponde a las Juntas Arbitrales resolver, con los efectos previstos en la legislación general de arbitraje, las controversias de carácter mercantil surgidas en relación con el cumplimiento de los contratos de transporte terrestre cuando, de comuna cuerdo, sean sometidas a su conocimiento por las partes intervinientes u otras personas que ostenten un interés legítimo en su cumplimiento. Asimismo, les corresponderá resolver, en idénticos términos a los anteriormente previstos, las controversias surgidas en relación con los demás contratos celebrados por empresas transportistas y de actividades auxiliares y complementarias del transporte cuyo objeto este directamente relacionado con la prestación por cuenta ajena de los servicios y actividades que, conforme a lo previsto en la presente Ley, se encuentran comprendidos en el ámbito de su actuación empresarial. Se presumirá que existe el referido acuerdo de sometimiento al arbitraje de las Juntas siempre que la cuantía de la controversia no exceda de 500.000 pesetas y ninguna de las partes intervinientes en el contrato hubiera manifestado expresamente a la otra su voluntad en contra antes del momento en que se inicie o debería haberse iniciado la realización del servicio o actividad contratado. 2. El procedimiento conforme al cual debe sustanciarse el arbitraje se establecerá por el Gobierno, debiendo caracterizarse por la simplificación de trámites y por la no exigencia de formalidades especiales. 3. Las Juntas Arbitrales realizarán, además de la función de arbitraje a la que se refieren los puntos anteriores, cuantas actuaciones les sean atribuidas.”

El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 352/2006, de 14 de diciembre, confirmó la adecuación al Ordenamiento jurídico de esta corrección jurídica del art. 38,1, párrafo tercero, de la LOTT, y por tanto, la obligatoria intervención de las Juntas Arbitrales del Transporte, salvo que una de las partes del contrato de transporte hubiera manifestado expresamente a la otra su voluntad en contra antes del momento en que se inicie o debería haberse iniciado la realización del servicio o actividad contratado.

debe de resaltarse, también, la Orden FOM/3386/2010, de 20 de diciembre, por la que se establecen normas para la realización por las Juntas Arbitrales del Transporte de funciones de depósito y enajenación de mercancías.

La Ley Orgánica 5/1987, de 30 de julio, de Delegación de Facultades del Estado en las Comunidades Autónomas en relación con los transportes por carretera y por cable, en su art. 12 delega las funciones de las Juntas Arbitrales del Transporte en favor de las CCAA, prescribiendo su art. 12 lo siguiente:

“Se delegan en las Comunidades Autónomas en las que las mismas hayan de estar radicadas, las funciones que la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres atribuye a las Juntas Arbitrales del Transporte. A estos efectos, el funcionamiento de las referidas Juntas dentro de las correspondientes Comunidades Autónomas se realizará respetando la organización, funciones y régimen jurídico establecidos en dicha Ley y en sus normas de desarrollo, pudiendo las Comunidades Autónomas, salvo que exista disposición específica del Estado, establecerlas en las localidades que consideren conveniente”.

Las Juntas Arbitrales del Transporte se han creado en todas las Comunidades Autónomas y en las ciudades de Ceuta y Melilla.

Así como a nivel interno nacional se cuenta con la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías, en lo concerniente al transporte internacional ha de destacarse el Convenio Europeo sobre Arbitraje Internacional (Ginebra; 21 de abril de 1961), cuyo objeto estriba en contribuir a la expansión del comercio europeo, así como en "evitar dificultades que entorpecen el funcionamiento del arbitraje comercial internacional en las relaciones entre personas físicas o jurídicas de diferentes países europeos". También es de interés el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, que tiene por objeto solucionar las controversias que surjan en el contexto de las relaciones comerciales internacionales.

En este ámbito internacional el sector del transporte de mercancías por carretera cuenta con el Convenio CMR de 1956, regulador de multitud de materias, como la responsabilidad del porteador, la carta de porte, competencia judicial internacional, etc. Han de señalarse, además, el Convenio de Nueva York de 1958 y el Convenio de Ginebra de 1961, y en cuanto a la normativa comunitaria el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que expresamente reconoce la necesidad de desarrollar métodos alternativos de resolución de litigios.

4. Incidencia de la Sentencia del TC 174/1995, de 23 de noviembre

Tras la Sentencia del TC 174/1995, de 23 de noviembre, que hemos estudiado a propósito de la supresión del arbitraje obligatorio, la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, mantiene unas Juntas Arbitrales que efectivamente actuarán impartiendo, como Administraciones Públicas, el arbitraje previsto en la legislación general.

Se trata de un arbitraje administrativo mixto (si se prefiere, actividad administrativa arbitral mixta), en cuanto se componen de forma combinada:

“Juntas, miembros de la Administración, a los que corresponderá la presidencia, representantes de las empresas de transporte y representantes de los cargadores y usuarios.”

Las Juntas Arbitrales del Transportes, así compuestas, a su vez pueden entrar en disputa con otras iguales, dando lugar a un conflicto de atribuciones típico, que al constituir en definitiva, órganos administrativos participados, estos conflictos se dirimen por el Ministerio competente:

“El Ministerio de Transportes, Turismo y Comunicaciones, a través de la Dirección General de Transportes Terrestres, dirimirá los conflictos de atribuciones que puedan surgir entre las Juntas Arbitrales del Transporte.”⁶³⁸

Y como son con toda exactitud, organismos administrativos, pueden coordinarse e intercambiar información entre sí sin merma alguna del derecho de la competencia.

“Asimismo, dicho Ministerio asegurará la debida coordinación entre las Juntas Arbitrales del Transporte, facilitando el intercambio de información y ejerciendo cuantas otras funciones le sean atribuidas”⁶³⁹.

5. Situación actual

Las Juntas Arbitrales del Transporte, superponen, sin confundirse, la actividad arbitral con la peritación⁶⁴⁰, subasta y depósito (con posibilidades de enajenación en caso de impago, para lo que se remiten a la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías⁶⁴¹(LCTT)). Son pues órganos complejos, cuya pluralidad de funciones, implica decididamente que sobre las mismas reposan en gran medida la gestión de los enormes y complicados problemas de un sector que en España es dominante en el orden del transporte de mercancías.

Las Juntas, resuelven también sobre controversias mercantiles derivadas de los contratos de transporte terrestre y otros derivados de tal actividad como la subcontratación de transportes. Litigiosidad incrementada tras la confusa Disposición Adicional Sexta de la Ley 9/2013 que permitía la acción directa del subtransportista contra el cargador.

Cabe que sea solicitado el arbitraje por los propios interesados o terceros con interés legítimo, pero, ahora, tras la citada Sentencia, con carácter estrictamente voluntario. Ahora bien, esa voluntariedad se presume, y ya sabemos que es lícita, si nadie se opone y la cuantía es inferior a los 15.000 euros; tal y como precisa el art. 38.1 LOTT.

Este artículo fue objeto de una cuestión de inconstitucionalidad que fue resuelto mediante Sentencia 352/2006, de 14 de diciembre, del Pleno del Tribunal Constitucional que

⁶³⁸ Art. 37.2 LOTT.

⁶³⁹ *Ibid.*

⁶⁴⁰ Art. 34.2 LCTT:

2. Si el porteador y el destinatario no consiguen ponerse de acuerdo en torno al estado de las mercancías entregadas o a las causas que hayan motivado los daños, podrán disponer su reconocimiento por un perito designado a tal efecto por ellos mismos o por el órgano judicial o la Junta Arbitral del Transporte que corresponda.

⁶⁴¹ Art. 40 LCTT. Enajenación de las mercancías por imp.o del precio del transporte.

1. Si llegadas las mercancías a destino, el obligado no p.ase el precio u otros gastos ocasionados por el transporte, el porteador podrá negarse a entregar las mercancías a no ser que se le garantice el p.o mediante caución suficiente.

2. Cuando el porteador retenga las mercancías, deberá solicitar al órgano judicial o a la Junta Arbitral del Transporte competente el depósito de aquéllas y la enajenación de las necesarias para cubrir el precio del transporte y los gastos causados, en el plazo máximo de diez días desde que se produjo el imp.o.

determinó que era válido porque permitía objeción de una de las partes para limitar el arbitraje.

De otro lado, y como bien precisa el Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, la competencia para arbitrar corresponderá a la Junta que haya sido designada por las partes. Ahora bien, en caso de silencio, se establecen los siguientes puntos de conexión:

“A elección del demandante, por el origen o destino del transporte o por el domicilio de la empresa prestadora del servicio”⁶⁴².

Su carácter administrativo, aun participado, da lugar a un órgano compuesto que en el ámbito del arbitraje tiene encomendado dictar un laudo.

Como es un organismo administrativo, corresponde a la autoridad administrativa proceder a la designación del Presidente, que ha de ser Licenciado (Graduado) en Derecho y los vocales (designan las Comunidades Autónomas), siendo su composición variable territorialmente ya que pueden ser de dos a cuatro los vocales, pero siempre la composición del tribunal arbitral deberá ser impar so pena de nulidad del Laudo⁶⁴³.

Con un reparto que atiende gremialmente a los cargadores (o usuarios) y de las empresas, incluso con carácter obligatorio (Art. 8.3). En esto incide también que se consideran gratuitos, mostrando así la faz pública en que quiere desenvolverse esta modalidad.

⁶⁴² Art. 7.2

⁶⁴³ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) de 26 de septiembre de 2017 [AC 2017\1148]: “Sobre el particular, es muy significativa la doctrina sentada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en su Sentencia de 13 de julio de 1982 (R.A.J . 4.232), dada la sustancial identidad de la legislación interpretada y aplicada por esa Sentencia con la hoy vigente –nos referimos, obvio es, al mandato legal de número impar de árbitros–. Decía entonces el TS algo que sigue teniendo plena actualidad (cdo. 1º): “dado que el art. 21 LA de 1953 determina imperativamente que “los árbitros serán siempre en números 1, 3 o 5” y que el auto de 17 de julio de 1979, que formalizó judicialmente el compromiso, precisó que los árbitros de equidad ‘actuarán colegiadamente en número de 3’, no cabe otorgar validez al laudo arbitral en cuya elaboración y dictado se infringió un precepto legal de tanta relevancia como el que afecta a la composición del órgano colegiado que lo emitió , toda vez que, aun cuando de acuerdo con lo dispuesto en el art. 29, baste la mayoría de votos para dictar el laudo, es obvio que se requiere la concurrencia de la totalidad de los nombrados o, en su caso, de los designados para sustituirlos, para que el órgano colegiado cumpla legalmente la función arbitral que se le encomendó, y que, cuando, como sucede en el presente supuesto, la renuncia anticipada de uno de los miembros reduce a solo dos el órgano colegiado no puede reputarse válidamente dictado el laudo arbitral, habiendo de entenderse, por ello, transcurrido el plazo, sin que durante el mismo haya recaído un auténtico laudo arbitral de equidad y procediendo, por tanto, la estimación del recurso interpuesto”.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) de 9 de febrero de 2016 [AC 2016\532]: “Pues bien, cumple constatar que, en principio, es inconcusa la procedencia de declarar la nulidad de un Laudo dictado por un colegio arbitral integrado por un número par de árbitros. Lo hemos dicho en la Sentencia 4/2015, de 13 de enero (JUR 2015, 47062) (FJ 3 in fine) –ROJ STSJ M 199/2015–: “no cabe un colegio arbitral que actúe y eventualmente resuelva con un número par de miembros”. Y es que, como veremos con algún detalle, la previsión legal de que el número de árbitros haya de ser impar (“Las partes podrán fijar libremente el número de árbitros, siempre que sea impar , dice el art. 12.1 de la Ley 60/2003 (RCL 2003, 3010) , de Arbitraje), según criterio prácticamente unánime de jurisprudencia y doctrina, constituye un mandato legal de orden público, que, por consiguiente –pese a lo que en ocasiones aún se pretende–, no puede ser dispensado ni por la voluntad de quienes pactan el arbitraje, ni mucho menos por quien ostenta la potestad reglamentaria pero la ejerce contra legem. Cumple recordar, en este sentido, cómo la posibilidad de un colegio integrado por un número par de árbitros se prohibió radicalmente desde la LEC de 1881, habiéndose mantenido dicha prohibición en nuestra LEC y en las Leyes de Arbitraje de 1953, 1988 y 2003, sin excepciones, hasta nuestros días.”

Aunque van a resolver mediante Laudo con los efectos previstos en la legislación de arbitraje⁶⁴⁴, no puede negarse que recuerda la composición a las tradicionales Comisiones paritarias industriales propias del siglo pasado con un claro sabor gremial. Pero es desde la eficiencia de su actuación como deben ser juzgadas y el mantenimiento de las mismas pese a los avatares constitucionales sufridos, avalan tal eficacia en su desempeño.

Mientras, la acción prescribirá en la misma situación que prescribiría si se interpusiera ante los órganos jurisdiccionales tradicionales⁶⁴⁵. Procedimentalmente, como dispone el art. 9 del Reglamento, se utilizará la vista oral una vez presentada demanda. De manera que el demandado se opondrá en dicha vista, donde se propondrán las pruebas y el laudo se dictará en el término fijado en la Ley de Arbitraje y desplegará efectos de cosa juzgada solamente revisables por la vía de la acción de anulación.

Cabe desistir, y como *facta concludentia* se entiende que si el demandante no concurre se le considera por desistido, salvo que el demandado se oponga y así lo estime la Junta por entender que tiene interés legítimo en el litigio (como ocurre tradicionalmente en la legislación procesal⁶⁴⁶). Si el que no comparece es el demandado, continúa el procedimiento en el cual no se necesita ni de abogado ni de procurador. Con lo que en estos arbitrajes no aplica el límite de 2.000 euros estipulados en la LEC⁶⁴⁷.

Además, el “El laudo se acordará por mayoría simple de los miembros de la Junta, dirimiendo los empates el voto de calidad del Presidente. La inasistencia de cualquiera de los miembros de la Junta, con excepción del Presidente, no impedirá que se dicte el laudo”. Se trata de formular técnicas de agilización del arbitraje. Al igual que lo indicado cuando se dispone: “Los laudos tendrán los efectos previstos en la legislación general de arbitraje, cabiendo únicamente contra ellos recurso de anulación y de revisión por las causas específicas previstas en ésta. Transcurridos diez días desde que fuera dictado el laudo, podrá obtenerse su ejecución forzosa ante el Juez de Primera Instancia del lugar en donde se haya dictado, siendo en tal caso aplicables, asimismo, las previsiones de la legislación general de arbitraje.” art. 9, apartados 7 y 8.

La LA 2003 será de aplicación subsidiaria a lo que no recoja el Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres.

Nos encontramos, en definitiva, con una organización administrativa compleja, de composición variable territorialmente, que atiende con ribetes gremiales a la solución de las cuestiones derivadas de contratación mercantil, y que tiende a una enérgica consolidación por vía de presunción de voluntariedad para así sustituir su matriz original que inclusive lo hacía obligatorio.

Tienen una luenga tradición, responden a necesidades de lograr una fórmula ágil en el transporte terrestre de mercancías, si bien limitado a los aspectos contractuales privados siendo así que podría haberse intentado, quizás, para solventar otros problemas acuciantes derivados de la falta de consideración de la unidad de mercado nacional como un elemento fundamental del transporte (siguen existiendo barreras territoriales ligadas, por ejemplo, a la carga y tara del camión, permisos de circulación y de carga, diferentes modalidades de inspección del vehículo y con consecuencias distintas, etc., etc.)

⁶⁴⁴ Art. 38.1 LOTT.

⁶⁴⁵ Art. 9.1 Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres.

⁶⁴⁶ Art. 442 LEC.

⁶⁴⁷ Arts. 23.2.1º y 31.2.1º LEC que establecen que nos era necesario acudir con abogado ni procurador cuando la cuantía del pleito sea inferior a 2.000 euros.

Es de valorar positivamente que se otorgue al Presidente designado, todas las competencias para ejercer facultades de impulso en la tramitación, logrando así una agilidad que es un buen ejemplo para otros sectores y ámbitos administrativos.

Con esa admonición por nuestra parte, sí parece bien traída a la Ley la idea de que el arbitraje, adornado con su notable prestigio, sea el foco adecuado para ir resolviendo estas cuestiones, que si no, tendrían que llenar de pleitos a los tribunales, con el tiempo y demora añadidos que son incompatibles con la celeridad y dinamismo del sector.

La Sentencia 290/2006, de 9 de octubre (BOE nº 274, de 16 de noviembre de 2006) Sala Segunda del Tribunal Constitucional, recurso de amparo Ponente la Magistrada doña Elisa Pérez Vera goza de cierto carácter anecdótico. Su importancia recae en que demuestra que el complicado mundo del ejercicio de interpretación sobre el alcance, contenido y límites de una derogación, puede llevar fácilmente a la equivocación. Y es que se declaró la nulidad de un Laudo bajo la supuesta inexistencia de un convenio arbitral porque la Junta Arbitral de Transportes aplicó la presunción de sumisión a arbitraje contenida en el art. 38.1 LOTT al no constar oposición de las partes —que es válida, a diferencia de los arbitrajes obligatorios que imponía el art. 38.2 LOTT—. Por tanto, quien vio anulado el laudo recurrió en amparo la decisión de la Audiencia Provincial:

“Recurso de amparo contra la Sentencia de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Badajoz recaída en recurso de anulación interpuesto contra los laudos arbitrales dictados por la Junta Arbitral de Transportes de Extremadura.

La entidad condenada interpuso recurso de nulidad contra los referidos laudos, alegando que, conforme al art. 45.5 de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de arbitraje de Derecho privado, los mismos eran contrarios al orden público. Esta alegación se razonaba a partir de los siguientes argumentos: 1) no existía convenio arbitral entre las partes en el que se aceptase la intervención de la Junta Arbitral de Transportes de Extremadura para resolver las controversias que en el marco de la LOTT se pudieran plantear entre las mismas; 2) la entidad demandante en la instancia arbitral había actuado en fraude de ley, ya que había provocado ficticiamente la aplicabilidad de la presunción del art. 38.1 LOTT, puesto que el origen de sus reclamaciones no era la falta de pago del precio de varios contratos de transporte (ya que solamente se celebró un contrato de temporada) sino el incumplimiento por parte de la entidad reclamante de dicho contrato de temporada, para cuyo resarcimiento se le giró una factura por importe de 4.355,27 euros, que la entidad Hijos de J.A. Cruz, S.L., distribuyó fraudulentamente en siete reclamaciones diferentes, haciendo coincidir su importe con el precio de seis de los portes que hizo y con la parte de un séptimo que también llevó a cabo. Al operar de esta forma, el importe de cada una de las reclamaciones no excedía del límite que establece el art. 38.1 LOTT y, ante la falta de voluntad manifestada en contra de someter la controversia al conocimiento de la Junta Arbitral de Transportes, resultaba posible la aplicación de dicho precepto y la sumisión obligatoria de la controversia al arbitraje de la Junta Arbitral de Transportes.

Constituye reiterada doctrina constitucional que la selección de las normas aplicables, así como el análisis de su vigencia y derogación, corresponde en exclusiva a la jurisdicción ordinaria de acuerdo con el art. 117 CE, de suerte que el control por parte de este Tribunal de la selección de la norma aplicable sólo podrá producirse, en términos generales, si se ha tratado de una decisión arbitraria, manifiestamente irrazonable o si ha sido fruto de un error patente.

4. La aplicación de la doctrina expuesta al caso enjuiciado conduce a la conclusión de que la Sentencia que se impugna ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) de la demandante de amparo. En efecto, con invocación de la STC 174/1995, de 23 de noviembre, que declaró nulo el art. 38.2 LOTT, la Audiencia Provincial de Badajoz apoya su decisión de anular los laudos arbitrales dictados por la Junta Arbitral de Transportes de Extremadura en la redacción originaria del indicado artículo, como reconoce el Ministerio Fiscal ratificando la tesis de la recurrente, siendo así que los laudos arbitrales recurridos habían sido dictados al amparo de la nueva redacción dada a la citada norma por el art. 162 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre.

En su razonamiento, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz parte de que un laudo arbitral podrá anularse cuando fuere contrario al orden público, lo que ocurrirá entre otros supuestos, cuando no exista una adecuada sumisión al arbitraje. Pues bien, —continúa el mismo fundamento de Derecho

segundo— para que pueda entenderse que ha habido sumisión al arbitraje es preceptivo el compromiso de las partes o una expresa disposición normativa que determine que tal compromiso no es obligado.

A partir de tal planteamiento la Sala indica que, dado que en el presente caso no existe tal convenio, es evidente que, en principio, no puede tener efectividad alguna la decisión arbitral (FD 3). Sin embargo, señala la Sala que, a los efectos de salvar la ausencia del mencionado convenio y de estimar su competencia, la Junta Arbitral de Transporte procedió a aplicar la presunción contenida en el art. 38.2 LOTT (“Siempre que la cuantía de la controversia no exceda de 500.000 pesetas, las partes someterán al arbitraje de las Juntas cualquier conflicto que surja en relación con el cumplimiento del contrato, salvo pacto expreso en contrario”), lo que determinaría, según su parecer, “la obligación de someter al arbitraje, salvo pacto expreso en contrario, los conflictos derivados de los contratos cuya cuantía no excediere de 3.005 euros (500.000 pesetas)” (FD 3).

Pues bien, llegados a este extremo, la resolución recurrida recuerda que por STC 174/1995, de 23 de noviembre, este precepto ha quedado declarado inconstitucional, desapareciendo la presunción *ope legis* de existencia de pacto o convenio de sumisión al arbitraje cuando la controversia no supere la indicada cantidad (FD 4), por lo que concluye que, no habiéndose pactado entre las partes convenio arbitral, resulta claro que los laudos impugnados han de ser estimados nulos por falta de competencia de la Junta Arbitral para dictarlos (FD 5).

5. Es indudable que la Sentencia objeto de recurso se está refiriendo a la redacción originaria del art. 38.2 LOTT, que fue precisamente anulada por este Tribunal en su STC 174/1995. Así se deduce de la referencia que se hace a nuestra decisión ya citada y a los argumentos utilizados en ella para justificar la inconstitucionalidad de la norma, referidos al obstáculo que para el acceso a la jurisdicción representaba “la aplicación de la presunción contenida en el art. 38.2 de la Ley de ordenación de transportes terrestres 16/1987, de 30 de julio, que determina la obligación de someter al arbitraje salvo pacto expreso en contrario los conflictos derivados de contratos cuya cuantía no excediere de 3.005 euros”.

De lo anterior se deriva que la Audiencia desconoce en su Sentencia que el art. 38.2 LOTT fue objeto de una modificación introducida por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (art. 162). Según la nueva redacción dada a este artículo —actual art. 38.1 *in fine*— “se presumirá que existe el referido acuerdo de sometimiento al arbitraje de las Juntas siempre que la cuantía de la controversia no exceda de 500.000 pesetas y ninguna de las partes intervinientes en el contrato hubiera manifestado expresamente a la otra su voluntad en contra antes del momento en que se inicie o debería haberse iniciado la realización del servicio o actividad contratado.

Es preciso tomar en consideración, por último, que la reforma señalada se produjo por la Ley 13/1996, en vigor, por tanto, con anterioridad a la celebración del proceso que ha dado origen al presente recurso de amparo. En consecuencia, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz en la medida que se ha basado en un precepto derogado se presenta como desprovista de fundamento legal alguno.

6. El alcance de la estimación del recurso de amparo se contrae a la anulación de la Sentencia de 31 de diciembre de 2003 de la Sala de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Badajoz, y la retroacción de las actuaciones ante dicho órgano judicial para que dicte una nueva resolución que resulte respetuosa con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión de la actora.

La estimación del recurso, de acuerdo con el razonamiento expuesto, nos exime de analizar la otra lesión del derecho a la tutela judicial efectiva aducida por el Ministerio Fiscal que, además, se refiere, en parte, a aspectos sobre los que tendría que pronunciarse, en su caso, la nueva Sentencia que dicte la Audiencia Provincial de Badajoz, con sede en Mérida.”

La Sentencia del Tribunal Constitucional supone una fuerte censura a la Sentencia de la Audiencia Provincial, lo que demuestra que el resbaladizo terreno de las derogaciones singulares y su recuperación en leyes posteriores muestran un estado realmente dificultoso para cualquier intérprete, incluidos los órganos judiciales.

El *thema decidendi* era, curiosamente, la aplicación del art. 38 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de ordenación de los transportes terrestres que como conocemos ya, había sido declarado inconstitucional por el propio Tribunal Constitucional y que había sido sustituido sin que el órgano jurisdiccional se apercibiera del cambio. Un caso de libro de

elección equivocada de la norma que es lo que implica finalmente que se considere inconstitucional.

III. Arbitraje deportivo

La Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte⁶⁴⁸ establece, bajo la denominación de “arbitraje”, varios mecanismos de solución de conflictos, que pasamos a examinar. Ya en su Exposición de Motivos, indica:

“La Ley contempla...la apertura de la vía de la conciliación extrajudicial en el deporte en concordancia con la nueva Ley del Arbitraje”.

Un tanto enigmática, ya que como vamos a comprobar, existen varios ámbitos diferentes de aplicación del arbitraje, con sujetos distintos y sectores, distintos también. Por otro lado, dicha Ley fue modificada precisamente en torno a la introducción del arbitraje genuino por obra del Real Decreto–ley 5/2015, de 30 de abril, de medidas urgentes en relación con la comercialización de los derechos de explotación de contenidos audiovisuales de las competiciones de fútbol profesional (norma que como vamos a ver introducía el arbitraje para solventar conflictos en el reparto de los altos derechos económicos pagados por las televisiones para retransmitir los partidos de fútbol), esto es, fue motivado por una cuestión relativa a un deporte concreto: el fútbol.

Estos supuestos, relacionados con el reparto de los derechos económicos de retransmisión, son genuinos arbitrajes administrativos, cuya administración y designación corresponde al Consejo Superior de Deportes. El Consejo es un Organismo autónomo de carácter administrativo (artículo de la Ley 10/1990 del Deporte), al que corresponde el ejercicio directo de la actuación de la Administración del Estado en el ámbito del deporte.

El art. 8 r) de la Ley del Deporte atribuye al Consejo Superior de Deportes la resolución de estos arbitrajes:

“Son competencias del Consejo Superior de Deportes las siguientes: [...]”

r) La administración del arbitraje y la designación de árbitros en relación con las discrepancias que puedan suscitarse sobre la comercialización y explotación de los derechos audiovisuales en las competiciones oficiales de fútbol profesional y en cualquier otra materia que se les someta.”

Y es que el Real Decreto–ley 5/2015 introdujo esta posibilidad, nada menos que mediante Real Decreto

“Art. 9. Arbitraje del Consejo Superior de Deportes. 1. Las entidades deportivas participantes en una competición de fútbol profesional, de acuerdo con lo que dispongan sus normas reguladoras, podrán someter al arbitraje del Consejo Superior de Deportes las discrepancias que pudieran suscitarse en relación con la comercialización y explotación de los derechos audiovisuales.

⁶⁴⁸ J. Bermejo Vera. *Constitución y deporte*. Tecnos, Madrid, 1998. El autor lo es también de la Ley del Deporte, y de numerosas aportaciones, en las que insiste en este mecanismo, tanto en su veste de catedrático de Derecho administrativo, como de Presidente del Consejo Consultivo de Aragón. Quizás cumpliendo su destino, falleció a los 73 años el 23 de julio de 2019, jugando al fútbol.

2. El procedimiento arbitral se registrará por lo previsto la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. Antes de dictar laudo, el Consejo Superior de Deportes recabará el informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

3. El Gobierno, mediante real decreto, establecerá las normas que regulen el ejercicio de la función arbitral por el Consejo Superior de Deportes, asegurando la transparencia en la designación de los árbitros y su independencia.”

De un lado, por tanto, existe una norma de rango legal dedicada precisamente al fútbol profesional. En concreto, el arbitraje se utilizaría en la solución de conflictos surgidos en la comercialización de los derechos económicos de transmisión y difusión de los partidos. Este tema, curiosamente se ha planteado en la propia Ley del Deporte ya que la financiación televisiva y en general digital del fútbol, genera por sí sola una enorme fuente económica en un deporte que concita una intensidad que no es comparable con ningún otro, con los consecuentes conflictos que ello conlleva siempre. Y permite desde luego, la difusión del deporte con todo lo que ello conlleva.

De ahí que, habida cuenta de la enormidad de los problemas surgidos por el reparto de tales derechos, diseminados en aquel momento entre los distintos clubes y su capacidad negociadora individual, hubiera que adoptarse con urgencia mediante Decreto-Ley las técnicas de distribución de tales recursos, los actores que intervendrían y gestionar los conflictos, para lo cual se dispuso que mediante el arbitraje se resolverían las cuestiones vinculadas a dicho repartimiento. Pero están pensadas para el fútbol. Y sólo para este deporte, sin duda el motor principal de la difusión por televisión y medios electrónicos, al menos aquí en España.

Se trata con toda evidencia, de actuaciones regidas por la Ley de Arbitraje, que se confirma como la mejor solución pacificadora en un sector que, en el estado actual de la tecnología, viene planteando problemas de difícil solución entre partes y que tampoco la intervención administrativa del Estado ha podido solucionar⁶⁴⁹. La explicación de por qué en este deporte se incluye esta técnica, puede encontrarse en la Exposición de Motivos del citado Decreto Ley, cuando indica:

“Frente a la progresiva implantación de los modelos de venta conjunta en todos los países europeos con competiciones profesionales de fútbol relevantes, el modelo de venta individualizado ha exigido que los equipos y los operadores audiovisuales deban alcanzar acuerdos múltiples para la difusión de los partidos, no siempre compatibles con las reglas del mercado, desiguales en cuanto a la capacidad de negociación de las partes y sometidos a una permanente conflictividad judicial, sin que en la práctica haya existido participación de las entidades organizadoras de las respectivas competiciones”.

Se establece la obligación de ceder las facultades de comercialización conjunta de los derechos audiovisuales de retransmisión a la Liga Nacional de Fútbol Profesional y a la Real Federación Española de Fútbol.

Luego, mediante Real Decreto de 12 de enero 2018 se dictan determinadas normas de desarrollo del Real Decreto-ley 5/2015, de 30 de abril 2015 se establece con detalle las funciones arbitrales del Consejo Superior de Deportes:

⁶⁴⁹ Los problemas en el sector de la difusión televisiva de los partidos de fútbol y el reparto de los importantes recursos económicos que los derechos p.ados por ellos supone para la Liga de Fútbol Profesional, los Clubes y la Real Federación de Fútbol, vienen de lejos y motivaron numerosos conflictos que seguían arrastrándose por lo que exigían solución legal. *Vid.* Resolución nº 319/92, de 10 de Junio de 1993, del Tribunal de Defensa de la Competencia, donde se inició la solución del tema, que con largos vaivenes, acabó exigiendo una solución legal.

“Art. 14. 1. Resultarán aplicables al arbitraje regulado en el presente capítulo las disposiciones relativas al convenio arbitral y sus efectos que contiene el Título II de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre de Arbitraje. A estos efectos, la suscripción del convenio especial obligará a las partes a cumplir lo estipulado e impedirá a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, en las condiciones y términos establecidos por la citada ley”.

Se articula de forma redundante, ya que *ex definitione* la utilización de la Ley de Arbitraje, supone esa interdicción a la justicia ordinaria. Esta repetición es una fórmula de estilo contraria a la calidad que deben revestir las leyes⁶⁵⁰ y es fruto de esa necesidad que ve el legislador, cuando existe una actividad administrativa arbitral de reconfirmar que son arbitrajes genuinos que excluyen la jurisdicción ordinaria

El Real Decreto de 12 de enero 2018 prohíbe los arbitrajes tributarios en relación con los privilegios concedidos a la Hacienda Pública:

“Art. 14 (3) No podrán someterse al arbitraje regulado en el presente capítulo las eventuales controversias que puedan suscitarse en relación con la aplicación de los privilegios y preferencias que se contemplan a favor de la Hacienda pública en el Real Decreto-ley 5/2015, y en el presente real decreto.”

El Consejo Superior de Deportes se encargará de la designación de los árbitros que serán 3 o 5 (resulta chocante que no se permita la actuación de un árbitro único en un gran número de arbitrajes sectoriales) y todos los árbitros deberán reunir la condición de jurista, lo que se estipula como una norma imperativa. Y han de tener las cualidades propias de la mayor excelencia personal para arbitrar, esto es, independencia e imparcialidad, así como de honorabilidad y cualificación, habrán de manifestar cualquier elemento dudoso para ejercer el cargo, así como las eventuales causas de abstención y recusación. Se nombran por el Presidente del Consejo Superior de Deportes⁶⁵¹.

Respecto al procedimiento en sí, las partes podrán actuar por sí solas o con abogado, solicitándose el arbitraje por escrito, acompañado de copia del convenio arbitral o, en su caso, de la norma estatutaria que determine la asunción del arbitraje. La sede será la del Consejo, salvo que este organismo decida que sea otro lugar; se practicarán las pruebas que estimen necesarias, bien de oficio o a instancia de parte y se rechazarán las que motivadamente sean improcedentes o innecesarias.

Las decisiones arbitrales –parece referirse, al incluirlas dentro de la fase de procedimiento, a las típicas órdenes procesales– se adoptarán por mayoría de los árbitros. Como en cualquier otro arbitraje:

“16.7 Las decisiones arbitrales se adoptarán por mayoría de votos emitidos entendiéndose válidamente adoptadas si en la votación concurren, al menos, una mayoría de sus miembros. Si no hubiere mayoría, la decisión será tomada por el presidente”.

⁶⁵⁰ Aunque no se ha considerado suficientemente, la calidad de las leyes es síntoma no solamente de *elegantia iuris* sino de certeza y seguridad jurídica. Vid. F. Sainz Moreno, J. C. da Silva Ochoa. *La calidad de las leyes*, 1989, A. Menéndez Menéndez, “La calidad de las leyes y la reforma de la Comisión General de Codificación”, en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación* n. 28 (1998), p. 241–26.

⁶⁵¹ Art. 15.

Hay la inserción de un momento procesal anterior a la emisión del laudo que supone una garantía añadida especial: el informe previo obligatorio de la CNMC, que como máximo se emite en el plazo de un mes tras la práctica de las pruebas y su valoración.

El laudo se emitirá en el plazo que acuerden las partes, que podrán indicar la posible prórroga y su extensión (si nada se dice se aplica el art. 37 de la Ley de Arbitraje). Y resolverá todas las cuestiones de Derecho sobre la controversia (discrepancias relativas a la comercialización o explotación de los derechos audiovisuales). Será siempre motivado, y deberá dictarse por escrito.

Aunque no lo diga expresamente, el laudo podrá impugnarse mediante la acción de anulación —y eventual y siempre olvidada, revisión— estipulada en el art. 41 LA 2003 ante el Tribunal Superior de Justicia del lugar de la sede del arbitraje.

Este arbitraje, pues, ligado a un deporte y materia concretos, el fútbol y los derechos audiovisuales, es un supuesto claro de la importancia de utilizar el Arbitraje por la Administración Pública, y que muestra que es el instrumento más adecuado para solventar cuestiones conflictivas que tienen que ser resueltas por las Administraciones, alejándose así de la habitual técnica unilateral de solución administrativa vía solución burocrática del conflicto. Las especialidades son, con toda exactitud, de pura precisión, respetando lógicamente la mayor transparencia, como principio obligado que es de la Administración Pública.

La utilidad del arbitraje se demuestra además por la extensión que ya en la Ley del Deporte se hace de esta figura al resto de los deportes “*cualquier otra materia que se les someta*”, que lógicamente utilizarán cuanto ha quedado establecido específicamente para el fútbol.

En la Ley del Deporte se introduce la posibilidad de una “conciliación o arbitraje” —lo que recuerda a las viejas confusiones del legislador en cuanto a la diferencia entre este tipo de fórmulas de solución de conflictos— en relación con las cuestiones estrictamente deportivas, sin acabar de especificar a qué naturaleza responde la solución de tales conflictos. Si bien, al final, utiliza la técnica arbitral en cuanto a los efectos de la decisión que se tome y rigiéndose por la legislación del Estado, por lo que razonablemente si la resolución se estima que tendrá los efectos previstos en la LA 2003, está indicándose que en el ámbito de los Estatutos de las diferentes Federaciones, existe la posibilidad de introducir el Arbitraje para solventar los conflictos, si bien, podría ir precedida de otras técnicas.

Así, se indica:

Art. 87. “Las cuestiones litigiosas de naturaleza jurídica deportiva, planteadas o que puedan plantearse entre los deportistas, técnicos, jueces o árbitros, Clubes deportivos, asociados, Federaciones deportivas españolas, Ligas profesionales y demás partes interesadas, podrán ser resueltas mediante la aplicación de fórmulas específicas de conciliación o arbitraje, en los términos y bajo las condiciones de la legislación del Estado sobre la materia.”

Art. 88. 1. Las fórmulas a que se refiere el artículo anterior estarán destinadas a resolver cualquier diferencia o cuestión litigiosa producida entre los interesados, con ocasión de la aplicación de reglas deportivas no incluidas expresamente en la presente Ley y en sus disposiciones de desarrollo directo.

2. A tal efecto, las normas estatutarias de los Clubes deportivos, Federaciones deportivas españolas y Ligas profesionales podrán prever un sistema de conciliación o arbitraje, en el que, como mínimo, figuren las siguientes reglas:

- a) Método para manifestar la inequívoca voluntad de sumisión de los interesados a dicho sistema.
- b) Materias, causas y requisitos de aplicación de las fórmulas de conciliación o arbitraje.

- c) Organismos o personas encargadas de resolver o decidir las cuestiones a que se refiere este artículo.
 - d) Sistema de recusación de quienes realicen las funciones de conciliación o arbitraje, así como de oposición a dichas fórmulas.
 - e) Procedimiento a través del cual se desarrollarán estas funciones, respetando, en todo caso, los principios constitucionales y, en especial, los de contradicción, igualdad y audiencia de las partes.
 - f) Métodos de ejecución de las decisiones o resoluciones derivadas de las funciones conciliadoras o arbitrales.
3. Las resoluciones adoptadas en estos procedimientos tendrán los efectos previstos en la Ley de Arbitraje”.

Este supuesto está referido, pues, a las “reglas del Deporte”, que son normas autónomas que rigen la práctica del deporte, y tienen en muchas ocasiones origen y ámbito internacional, luego al ser incorporadas exigen la resolución de conflictos, a veces graves, entre todos los actores del juego deportivo, desde los que participan directamente hasta quienes se encuentran en la organización, gestión, financiación, etc.

Como arbitraje establecido en los Estatutos, de origen pues estatutario, ya que la prescripción legal indica que las normas estatutarias de los Clubes deportivos, Federaciones deportivas españolas y Ligas profesionales podrán prever un sistema de conciliación o arbitraje para resolver las cuestiones litigiosas de naturaleza jurícodeportiva, constituyen un supuesto de arbitraje establecido por la Ley, de carácter no obligatorio en su origen, pero que puede acabar siendo establecido por otras vías (contratos, subvenciones...). En cualquier caso, esta tercera modalidad no es arbitraje administrativo impartido por un ente público, sino que ya remite a los Clubes, las Federaciones, y la Liga correspondiente, entidades todas ellas absolutamente privadas, aunque tengan cierta “tutela” (por ejemplo, aprobación de los Estatutos en el caso de la Liga) por el Consejo Superior de Deportes. No son administración indirecta, sino que son, con toda precisión, asociaciones (los clubes) corporaciones sectoriales de base privada, bien de primer grado (Federaciones regionales), o bien de segundo grado (Federaciones nacionales), y finalmente la Liga es una corporación, integrada exclusiva y obligatoriamente por todos los Clubes, pero siempre de base privada, no siendo tampoco un ente administrativo.

Conviven así en el contexto de la Ley del Deporte, el arbitraje administrativo propiamente dicho, y el arbitraje privado. El primero especializado en temas económicos vinculados a la difusión y retransmisión de derechos, distinguiéndose a su vez entre el fútbol y el resto de los deportes, y el segundo tipo de arbitraje, privado, sobre las reglas deportivas.

Es un supuesto típicamente deportivo. Y que, aunque en origen se dispone en un Real Decreto y con fundamento en el Derecho administrativo, concluye por remisión en un orden arbitral privado. Efectivamente, aparece en la propia Ley del Deporte, ligado ya con exclusividad a las cuestiones estrictamente deportivas, otra técnica, que se estima arbitral pero que va unida alternativamente a la conciliación. Son las cuestiones planteadas o que puedan plantearse entre los deportistas, técnicos, jueces o árbitros, Clubes deportivos, asociados, Federaciones deportivas españolas, Ligas profesionales y demás partes interesadas y que atañen a cuestiones litigiosas de naturaleza jurídico-deportiva. La idea es correcta, buena en la medida en que resuelve y pacifica el enorme cúmulo de cuestiones ligadas a la práctica deportiva. La regulación es realmente peculiar.

Mediante la técnica de la remisión, establece que cabrá en cuestiones de naturaleza deportiva que afecten a disputas jurídicas, utilizar medios que, genéricamente y con notable imprecisión denomina de “conciliación o arbitraje”. Si bien luego indica de forma

expresa que estas fórmulas específicas se solventarán “en los términos y bajo las condiciones de la legislación del Estado sobre la materia.”, lo cual invita a considerar que se refiere a la LA 2003 como luego confirma el propio art. 88.

Si unimos lo indicado con el dato de que, en este precepto, art. 88 de la Ley, al fijar las “*Previsiones sobre conciliación o arbitraje en los estatutos de los clubes deportivos*” se indica que los Clubes deportivos, Federaciones deportivas españolas y Ligas profesionales podrán incluir en sus Estatutos fórmulas para resolver cualquier diferencia o cuestión litigiosa producida entre los interesados, parece que nos encontramos ante supuestos de arbitraje.

Es plausible, no obstante, que en la medida en que se desee lograr la mayor pacificación, puedan adoptarse criterios previos de conciliación.

De ahí que tras recordar algo que es evidente en todo procedimiento de resolución de conflictos contradicción, igualdad y audiencia de las partes; la cláusula de sumisión a arbitraje incorporada en los Estatutos se configura como una verdadera sumisión voluntaria a arbitraje que puede incluir la totalidad de las distintas cuestiones que la práctica de cada deporte suponga, sin excluir las de otro alcance, como el económico⁶⁵²; el organismo decisor; las causas de recusación, y “métodos de ejecución de las decisiones o resoluciones derivadas de las funciones conciliadoras o arbitrales”, que aquí no se excluirá la posibilidad de acudir a la jurisdicción ordinaria por la imposibilidad de los árbitros de ejecutar lo juzgado.

El Real Decreto 1835/1991, de 20 de diciembre, sobre Federaciones deportivas españolas, es la norma que desarrolla estas previsiones de conciliación y arbitraje⁶⁵³ y en su art. 35 dispone que no podrán ser objeto de conciliación o arbitraje —como si la conciliación fuera una figura asemejable— las siguientes cuestiones: (a) que se susciten en las relaciones con el Consejo Superior de Deportes, relativas a las funciones que a este Organismo le estén encomendadas; (b) Aquellas que se relacionen con el control de las sustancias y métodos prohibidos en el deporte y seguridad en la práctica deportiva; (c) Las relativas a las subvenciones que otorgue el Consejo Superior de Deportes, y, en general, las relacionadas con fondos públicos y (d) Con carácter general, las incluidas en el art. 2.º LA de 5 de diciembre de 1988 (arbitrajes laborales, asuntos sobre los que haya recaído Sentencia firme, materias que no sean de libre disposición y en aquellas en las que inter venga el Ministerio Fiscal como el estado civil).

Además de las anterior, al ser un arbitraje incluido bajo el manto de la LA 2003, tampoco cabrá delegar en el TEAD arbitraje laborales *ex* art. 1.4 LA 2003. Cabría arbitrar, en cambio, sobre las (mal llamadas) cláusulas de rescisión que ligan a los deportistas con sus clubes⁶⁵⁴.

Asimismo, el art. 37 del Real Decreto 1835/1991 permite que se encomiende la administración de un arbitraje deportivo a corporaciones de Derecho público:

“Las partes también podrán encomendar la administración del arbitraje a:

- a) Corporaciones de Derecho público que pueden desempeñar funciones arbitrales.
- b) Asociaciones y Entidades sin ánimo de lucro en cuyos Estatutos se prevean funciones arbitrales.

⁶⁵² F.2 Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4), Sentencia nº 108/2012, de 13 marzo.

⁶⁵³ J.F. Merino Merchán y J.C. Chillón Medina, *Tratado de Derecho Arbitral... op. cit.* p.451

⁶⁵⁴ *Ibid.*

Los Estatutos o normas reglamentarias de las Federaciones deportivas españolas y Ligas profesionales, recogerán las normas sobre designación, abstención y recusación de árbitros.

Las causas, de recusación y abstención serán las mismas que se establecen para los órganos judiciales en la legislación vigente.”

Dada la internacionalidad de las controversias deportivas y la constitución de las mismas como genuinos arbitrajes, los laudos que se dicten en el extranjero serán reconocidos y ejecutados en España conforme al CNY 1958 en aplicación del art. 46 LA 2003.

Por último, hay que mencionar dos instituciones arbitrales, una nacional y otra internacional, que copan la gran mayoría de discrepancias relativas al deporte: el Tribunal Español de Arbitraje Deportivo (TEAD) y el Tribunal de Arbitraje Deportivo (TAS⁶⁵⁵, por sus siglas en francés).

i) TEAD: El Comité Olímpico Español, asociación privada de, sin ánimo de lucro y declarada de utilidad pública⁶⁵⁶. El TEAD tiene como órgano de gobierno y administración la Comisión de Arbitraje Deportivo. Entidad adscrita al Comité Olímpico Español⁶⁵⁷. Se rige por la Comisión de Arbitraje Deportivo, los estatutos del arbitraje deportivo del Comité Olímpico Español y su Reglamento de Procedimiento. Tiene la particularidad de que la composición del panel de árbitros no está compuesto íntegramente por juristas, sino también por muchos especialistas del deporte de entre una lista de 100 árbitros (50 juristas y 50 “especialistas”). Se trata de un arbitraje institucional en el que la designación de árbitros puede delegarse en el Comité Olímpico Español. Los tres grandes bloques sobre los que resuelve, son: conflictos de naturaleza privada entre federaciones nacionales y territoriales, entre federados y las federaciones en que se encuentran integrados, entre entidades deportivas; b) contratos de patrocinio y publicidad y c) conflictos con proveedores y cuestiones de responsabilidad civil⁶⁵⁸.

ii) El TAS⁶⁵⁹ es el tribunal arbitral deportivo por antonomasia. Tiene su sede en Lausana y fue creado por el Comité Olímpico Internacional (COI) bajo el mandato e impulso del español Juan Antonio Samaranch, en su condición de Presidente (entonces) del COI, para dirimir disputas que surgieran en los Juegos Olímpicos de Los Ángeles '84. Así lo dispone el art. 61.2 de la Carta Olímpica:

“Any dispute arising on the occasion of, or in connection with, the Olympic Games shall be submitted exclusively to the Court of Arbitration for Sport, in accordance with the Code of Sports-Related Arbitration.”

Lo que supone que los Estados donde se celebren los Juegos Olímpicos admitan que las controversias que se celebren en su territorio no se puedan someter a la jurisdicción

⁶⁵⁵ Tribunal Arbitral du Sport.

⁶⁵⁶ Art. 48.1 Ley del Deporte.

⁶⁵⁷ http://www.coe.es/COE/bd_perso.nsf/A264A38375189A0AC1257B09005D8E9A?OpenView&Query=Comisión+de+Arbitraje+Deportivo

⁶⁵⁸ <http://www.coe.es/web/Noticias.nsf/VTodasNoticias/E0874C19A88E8F42C12574EC0029A6F7?opendocument&query=noti1> conclusiones efectuadas por D. Fernando Pombo en el X Aniversario de la creación del TEAD.

⁶⁵⁹ L.M. Cazorla Prieto, “El Arbitraje Deportivo”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 29, enero 2013.

ordinaria. Es una aceptación implícita de la autonomía de los Juegos Olímpicos respecto del territorio donde se celebran.

Desde entonces, las disputas relacionadas con el ámbito deportivo han crecido exponencialmente⁶⁶⁰. Recientemente se ha modificado el *Code of Sports-related Arbitration*, con nuevas normas que han entrado en vigor a partir del 1 de enero de 2019. En los Juegos Olímpicos de Río de Janeiro se sometieron 28 controversias al TAS. Además, por primera se incluyó una división antidopaje⁶⁶¹.

Respecto al dopaje, donde existe una regulación más exhaustiva tras la multitud de escándalos que han salpicado a deportistas de élite, se promulgó la Ley Orgánica 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte, sustituida por la Ley Orgánica 3/2013, de 20 de junio, de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva.

En estas normas se sustituye el clásico recurso administrativo por un arbitraje ante el órgano arbitral de la Sección Antidopaje del Comité Español de Disciplina Deportiva. Así lo estipula la norma de desarrollo, el Real Decreto 63/2008, de 25 de enero, por el que se regula el procedimiento para la imposición y revisión de sanciones disciplinarias en materia de dopaje al indicar en su Exposición de Motivos:

“... el presente reglamento articula la novedosa previsión de la Ley Orgánica 7/2006 de regular un procedimiento especial sustitutivo del recurso administrativo, cuya principal innovación reside en la atribución de la competencia para resolver el asunto a un órgano arbitral de la Sección Antidopaje del Comité Español de Disciplina Deportiva”.

Se trata de la fórmula arbitral sustitutiva del recurso de alzada administrativo; esto es, de la propia previsión legal que contenía el art. 107 de la Ley 30/1992 y que ahora se incluye en el art. 112 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. No se trata, pues, de arbitraje genuino.

Así, el procedimiento arbitral se sustanciaba ante la sección Antidopaje del Comité Español de Disciplina Deportiva, que se suprimió mediante la Ley Orgánica 3/2013 que agrupó diferentes órganos en el Tribunal Administrativo del Deporte, lo que ya da buena cuenta que esa naturaleza puramente administrativa, alejada del arbitraje; razón por la que se modificó la LJCA que, en su versión actual, permite en el art. 19 recurrir las resoluciones dictadas por el Tribunal Administrativo del Deporte ante la jurisdicción contencioso-administrativa⁶⁶².

⁶⁶⁰ Tesis doctoral, A. Fuentes del Campo, *la personalidad jurídico-internacional del tribunal de arbitraje deportivo (tas/cas): conveniencia y viabilidad de su transformación parcial hacia un régimen de derecho internacional público*, Universidad de Córdoba, consultable en <https://core.ac.uk> f el 14 de septiembre de 2019

⁶⁶¹ E. Oliver y H. Prieto Huang, “El rol del Tribunal Arbitral del Deporte (TAS) en los Juegos Olímpicos”, consultable en <http://sennferrero.com/es/opinion/336-el-rol-del-tribunal-arbitral-del-deporte-tas-en-los-juegos-olimpicos>.

⁶⁶² 19.5. “Tendrán legitimación para recurrir ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo las resoluciones del Tribunal Administrativo del Deporte que se dicten en asuntos de disciplina deportiva en materia de dopaje, todas las personas mencionadas en el art. 40.4 de la Ley Orgánica de Protección de la Salud del Deportista y Lucha contra el Dopaje en la Actividad Deportiva.”

También el art. 9 dispone que serán competentes los Juzgados Centrales de lo contencioso-administrativo para conocer de las resoluciones del Tribunal Administrativo del Deporte que sustituye al Comité Español de Disciplina Deportiva: “En única o primera instancia, de las resoluciones que, en vía de fiscalización, sean dictadas por el Comité Español de Disciplina Deportiva en materia de disciplina deportiva.”

Vemos pues como en un mismo texto legal se pueden dar fenómenos de solución de conflictos que apuntan en diferentes direcciones. Algunas son propiamente arbitraje y otras son otro tipo de fórmulas administrativas, como la creación del Tribunal Administrativo del Deporte, órgano de ámbito estatal, adscrito orgánicamente al Consejo Superior de Deportes, pero que actúa con independencia y cuyas resoluciones ponen fin a la vía administrativa y son recurribles en la contencioso-administrativa. En particular, asume las siguientes funciones, algunas ya comentadas (art. 84 Ley del Deporte): (a) Decidir en vía administrativa y en última instancia, las cuestiones disciplinarias deportivas de su competencia, incluidas las señaladas en la Ley Orgánica de Protección de la Salud del Deportista y Lucha contra el Dopaje en la Actividad Deportiva; (b) Tramitar y resolver expedientes disciplinarios a instancia del Consejo Superior de Deportes y de su Comisión Directiva, en los supuestos específicos a que se refiere el art. 76 de la Ley del Deporte; (c) Velar, de forma inmediata y en última instancia administrativa, por el ajuste a derecho de los procesos electorales en los órganos de gobierno de las Federaciones deportivas españolas y (d) Cualesquiera otras que se le atribuyan en su normativa reguladora.

El Tribunal Administrativo del Deporte estará compuesto por miembros de altísima especialidad, se exige nada menos, en el art. 2.2 del Real Decreto 53/2014, de 31 de enero, por el que se desarrolla la composición, organización y funciones del Tribunal Administrativo del Deporte:

“Los miembros del Tribunal Administrativo del Deporte serán designados por la Comisión Directiva del Consejo Superior de Deportes entre personas de nacionalidad española pertenecientes a los cuerpos docentes universitarios, o que tengan la categoría de Magistrado excedente o Fiscal excedente, o de entre funcionarios de carrera en activo de cuerpos o escalas clasificados en el Subgrupo A1 del art. 76 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, para cuyo acceso sea requisito necesario el Título de Licenciado o de Graduado en Derecho. Igualmente, podrán formar parte del Tribunal abogados en ejercicio que hayan desempeñado su actividad profesional por tiempo superior a quince años, preferentemente en el ámbito del Derecho administrativo relacionado directamente con el deporte.”

Cuatro miembros serán a propuesta del Presidente del Consejo Superior de Deportes y tres de entre los propuestos por las Federaciones deportivas españolas. El mandato será por 6 años sin posibilidad de reelección.

Las resoluciones serán públicas. Agotan la vía administrativa por lo que son recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Y se ejecutarán a través de la correspondiente Federación deportiva o de la Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte, cuando se trate de sanciones impuestas en materia de dopaje, quienes serán las responsables de su estricto y efectivo cumplimiento. Las resoluciones del Tribunal Administrativo del Deporte relativas a recursos contra actos de las Ligas profesionales, de las Agrupaciones de clubes de ámbito estatal o de cualesquiera otras entidades que se sometan a la competencia del Tribunal Administrativo del Deporte, siempre que tales actos hayan sido dictados con ocasión de sus específicos regímenes disciplinarios, serán ejecutados por la Liga, Agrupaciones de Clubes o entidad correspondiente que será responsable de su estricto y efectivo cumplimiento.

En el ámbito internacional, el Código Mundial Antidopaje ha sido examinado por el legislador a la hora de promulgar la Ley Orgánica 3/2013. Hasta el punto que la Exposición de Motivo dispone que los laudos arbitrales relativos a dopaje serán ejecutados en España conforme a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional –al ser la LO 3/2013 anterior, existen referencia a la LEC de 1881– y conforme a los Tratados Internacionales

(resueltamente el CNY 1958) pero establece que no se reconocerán y ejecutarán Laudos extranjeros que conculquen el Código Mundial Antidopaje:

“La Ley aplica el sistema de reconocimiento mutuo de resoluciones que establece el Código Mundial Antidopaje, con la novedad, en este punto de la posibilidad de que la Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte pueda no reconocer dichas resoluciones cuando sean contrarias a los principios del Código Mundial Antidopaje o cuando se hayan dictado por órgano incompetente. Del mismo modo se produce una remisión al art. 955 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en lo que se refiere al reconocimiento y ejecución de Sentencias y laudos arbitrales extranjeros. Finalmente, se establece una regla largamente solicitada al legislador cual es la posibilidad de privación del apoyo financiero o de las ayudas públicas relacionadas con la actividad deportiva de los infractores.”

Texto trasunto de la codificación en el art. 31.2 de la LO 3/2013.

No olvidemos que ese “Código Mundial Antidopaje” es el Apéndice 1 del Convención Internacional contra el dopaje en el deporte, hecho en París el 18 de noviembre de 2005. Tratado Internacional ratificado por España⁶⁶³. Razón por la que su infracción supone que no se reconozca ni ejecute un laudo extranjero —sería una norma de orden público infranqueable—.

Por último, citamos un supuesto conocido, en el que se pretendió la nulidad de un Laudo dictado por el árbitro designado por el Tribunal Español de Arbitraje Deportivo del Comité Olímpico Español. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, mediante Sentencia de 27 de septiembre de 2016 rechazó la acción de anulación en la que se conjugaban muy diferentes normas

La demanda planteaba la nulidad del laudo por la nulidad del convenio arbitral al encontrarse inserto —según la demandante— en un contrato de adhesión suscrito entre la asociación de agentes por la cual las disputas entre futbolistas y agentes —en el supuesto arbitrado, el impago de una factura— se sometía al TEAD.

La primera cuestión planteada enfrentaba al TSJ a la decisión sobre si se trataba de un futbolista “aficionado” como sostenía la demandante o “profesional”. Lo cual se solucionaba mediante invocación del Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio por el que se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales. El TSJ concluyó así que el futbolista era profesional y que la Ley del Deporte en su art. 87 permite el arbitraje como método de resolución de conflictos.

Como una suerte de “juego de la oca” el TSJ invoca los sucesivos reglamentos (FIFA, RFEF) que se constituyen como diferentes estaciones hasta la parada final en el TEAD:

“El Reglamento FIFA deja a salvo, a los efectos de su transposición en el orden interno de cada Federación asociada, lo que “sea contrario a la legislación propia del país en cuestión”, de manera que esa prohibición se encuentra supeditada a la legislación española, representada por la Ley del Deporte, la Ley de Arbitraje y la LEC en los términos ya analizados; es decir y en nuestro caso, cabe la sumisión expresa al arbitraje y conciliación a través de los órganos previstos por la respectiva Federación, por tanto ante el Tribunal Español de Arbitraje Deportivo, pero siempre que se haya formalizado tal sumisión conforme a la Ley de Arbitraje.”

Y la demandante insiste en que al futbolista debe considerársele consumidor —*inter alia* porque afirma que es un futbolista “aficionado” y “humilde”— por lo que el convenio arbitral es nulo. Con acierto el TSJ acude a las normas sobre de prestar el consentimiento (error o dolo) para descartar que concurrieran en ese caso. Ya que en realidad denunciaba la nulidad por estas razones y no por deficiencias formales del convenio arbitral. Descarta

⁶⁶³ Publicado en el BOE 16.2.2007.

también –pues la alegación de consumidor obligaba a ello– que se tratara de una cláusula abusiva:

“Además, el hecho de que se trate de un contrato redactado por “La Capital de la Comunicación” (en la actualidad Origen World Wide SL), no deriva necesariamente en el carácter abusivo de la cláusula de sumisión, pues no infringe ninguna norma imperativa o prohibitiva y sin que pueda sostenerse como pretende la demandante, que la sumisión a arbitraje, en concreto al TEAD genera por si misma perjuicios o indefensión a una de las partes, el TEAD tiene como órgano de gobierno y administración la Comisión de Arbitraje Deportivo, adscrita al Comité Olímpico Español, organismo sin fines de lucro, con personalidad jurídica, plena capacidad de obrar, patrimonio propio y duración ilimitada, declarado de utilidad pública por la legislación española, tal y como se desprende de sus Estatutos.”

Como también descarta que el futbolista que firma un contrato de representación con un agente pueda considerarse consumidor.

“Como consecuencia de ello no nos encontramos tal y como apunta el demandante ante un contrato celebrado entre un “consumidor” y un “empresario”, ya que el mismo tiene como objeto la representación que el “Jugador” otorga al “Representante” para realizar todas las gestiones y contratos que se relacionan con su imagen y nombre con fines comerciales y publicitarios (cláusula segunda), por lo que a los efectos analizados –además de los señalados al comienzo de este Fundamento de Derecho– el Sr. Victor Manuel es un profesional y contrata los servicios de la demandada en tal condición, por lo que las reclamaciones entre las partes no pueden ser resueltas a través del Sistema Arbitral de Consumo.”

Por último, las alegaciones acerca de la indefensión provocada por la inasistencia del letrado a la vista señalada o el nombramiento de un árbitro único en lugar de tres (lo que correspondía a la Comisión de Arbitraje conforme al art. 6 del Reglamento del TEAD) fueron desestimadas.

La enorme utilidad de la institución arbitral y otras fórmulas emparentadas, queda pues, puesta de manifiesto.

IV. Arbitraje en materia de bienes inmateriales

1. Arbitraje en materia de Marcas

La actual Ley de Marcas, Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, debidamente actualizada (Real Decreto—ley 23/2018, de 21 de diciembre y con modificaciones reglamentarias, así Real Decreto 306/2019 que modifica el Reglamento para la ejecución de la Ley de Marcas) recuerda en su Exposición de Motivos, que:

“El cuerpo normativo que ahora se aprueba también contempla la posibilidad de someter a arbitraje los actos administrativos que hubieran puesto término al procedimiento de registro”.

Notemos que se trata de arbitrar sobre un procedimiento administrativo —que es la clave del acceso al Registro— en un sector no regulado, esto es, que no es un sector administrativo procedente de los antiguos servicios públicos que depende de una agencia que establece tanto en general como *ad casum* el ciclo vital del sector y sus operadores. Aquí nos encontramos, en principio, con un supuesto de Derecho administrativo más clásico, donde se ejerce una potestad sobre un ámbito mercantil.

Con naturalidad, su examen suele corresponder académicamente a los mercantilistas, pese a constituir un procedimiento administrativo el eje de la actuación de los actores interesados: la Oficina Española de Patentes y Marcas, los solicitantes del registro de tales derechos de la propiedad industrial (marcas y nombres comerciales) y eventualmente terceros.

Y todo ello, dentro de un procedimiento que se preocupa de las causas de nulidad, revisión de oficio y, finalmente, recurso ante la jurisdicción contenciosa, siendo la Sala Tercera muy activa en la resolución de las cuestiones que se producen en el ámbito registral.

Unido a que la Oficina es, tradicionalmente, un Organismo Autónomo del Ministerio de Comercio e Industria (la Oficina Española de Patentes y Marcas, Organismo Autónomo, está adscrita al Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, según el Real Decreto 998/2018, de 3 de agosto: 4. La Oficina Española de Patentes y Marcas (OEPM) Organismo Autónomo se adscribe al Ministerio de Industria, Comercio y Turismo a través de la Subsecretaría, cuyo titular ostentará la Presidencia del citado organismo).

En principio, pues, es todo un mundo administrativizado el que gestiona con procedimientos administrativos el enorme y complejo orgánico en que se gestiona este aspecto capital de la propiedad industrial.

La Ley contempla, no obstante, la posibilidad de utilizar el arbitraje como solución frente a los conflictos, numerosos y continuados, que provoca el registro de estos signos distintivos.

En concreto se establece en el art. 28⁶⁶⁴ de la Ley de Marcas un arbitraje genuino –con ciertas limitaciones debido a la peculiaridad inherente a los registros– para la resolución de disputas con ocasión del procedimiento de un registro de una marca:

- i. es un elemento cerrado por cuanto establece como regla que el arbitraje seguirá lo dispuesto en dicho artículo.
- ii. el arbitraje tiene un objeto determinado, las denominadas “prohibiciones relativas” y en ningún caso se admitirá el arbitraje por cuestiones de forma. Es decir, se limita a marcas y nombres comerciales que puedan confundirse en el mercado (arts. 6.1º b) y 7.1º.b). Lo que se conoce como “*riesgo de asociación*”. Obtención de ventaja desleal, confusión y perjuicios que se pudieran ocasionar por el uso de una marca o nombre comercial renombrado (art. 8) u otras prohibiciones de registro como marcas que utilicen nombres y apellidos de personas que el público general no relacione con el solicitante, o denominaciones sociales, signos que reproduzcan sonidos o imágenes protegidas por derecho de autor, denominaciones de origen etcétera (art. 9).
- iii. el convenio arbitral tiene que estar suscrito por el solicitante de la marca, y por titulares de los derechos anteriores que hubieran causado la denegación o que hubieran formulado oposición al registro de la marca y sus licenciarios respectivos. Así como por quienes hubieran interpuesto recurso o hubieran comparecido durante el mismo. En definitiva, por los interesados entre quienes convive un conflicto.
- iv. este convenio arbitral se notificará a la Oficina en el plazo que media entre la finalización del procedimiento y su firmeza definitiva (que sea irrecurrible por haber transcurrido los plazos para impugnarlo en vía administrativa). Si se hubiera interpuesto el recurso de alzada, y por tanto se estuviera evitando esa firmeza mientras se resuelve, se notifica el convenio, que tiene el efecto inmediato de que el recurso se tenga por desistido y se derive la controversia a un procedimiento arbitral. Si la

⁶⁶⁴ 1. Los interesados podrán someter a arbitraje las cuestiones litigiosas surgidas con ocasión del procedimiento para el registro de una marca, de conformidad con lo establecido en el presente artículo.

2. El arbitraje sólo podrá versar sobre las prohibiciones relativas previstas en los artículos 6.1.b), 7.1.b), 8 y 9 de la presente Ley. En ningún caso podrá someterse a arbitraje cuestiones referidas a la concurrencia o no de defectos formales o prohibiciones absolutas de registro.

3. El convenio arbitral sólo será válido si está suscrito, además de por el solicitante de la marca:

a) Por los titulares de los derechos anteriores que hubieran causado la denegación de la marca y, en su caso, por sus licenciarios exclusivos inscritos.

b) Por los titulares de los derechos anteriores que hubieran formulado oposición al registro de la marca y, en su caso, por sus licenciarios exclusivos inscritos.

c) Por quienes hubieran interpuesto recurso o hubieran comparecido durante el mismo.

4. El convenio arbitral deberá ser notificado a la Oficina Española de Patentes y Marcas por los interesados una vez finalizado el procedimiento administrativo de registro de la marca y antes de que gane firmeza el acto administrativo que hubiera puesto término al mismo. Resuelto el recurso de alzada contra el acto que conceda o deniegue el registro, quedará expedita la vía contencioso-administrativa salvo que se haga valer ante la oficina la firma de un convenio arbitral.

5. Suscrito el convenio arbitral, y mientras subsista, no cabrá interponer recurso administrativo alguno de carácter ordinario, declarándose la inadmisibilidad del mismo. Igualmente, de haberse interpuesto con anterioridad a la suscripción del convenio, se tendrá por desistido.

6. El laudo arbitral firme producirá efectos de cosa juzgada, de acuerdo con lo establecido en el art. 37 de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, de aplicación en todo lo no previsto por el presente artículo, y la Oficina Española de Patentes y Marcas procederá a realizar las actuaciones necesarias para su ejecución.

7. Deberá comunicarse a la Oficina Española de Patentes y Marcas la presentación de los recursos que se interpongan frente al laudo arbitral. Una vez firme éste, se comunicará fehacientemente a la Oficina Española de Patentes y Marcas para su ejecución.

Oficina hubiera resuelto esa resolución y contra esa resolución, cupiera recurso contencioso—administrativo, el acceso a la jurisdicción contenciosa puede suspenderse y evitarse si se comunica la existencia de un convenio arbitral a la Oficina. El convenio arbitral suspendería el proceso contencioso impidiendo que se acuda a los tribunales de justicia.

- v. la consecuencia es clara: si las partes deciden acudir a arbitraje, la Ley de Marcas prevé que mientras subsista el convenio, no se puede interponer recurso administrativo alguno. El convenio suspende también la vía administrativa por lo que, si se interpone el recurso administrativo, se declara inadmisibile; aún más, si ese recurso administrativo se interpuso con anterioridad a la suscripción del convenio, la firma del mismo implicará el desistimiento de los recursos administrativos interpuestos con anterioridad.
- vi. lo que se resuelve es un genuino arbitraje bajo las premisas de la LA 2003. El laudo tendrá el efecto prototípico de constituir cosa juzgada. Y corresponde a la Oficina Española de Patentes y Marcas proceder a realizar las actuaciones necesarias para su ejecución. Nótese que aquí la ejecución la lleva a cabo un organismo autónomo, algo que siendo un tanto extraño al normal desenvolvimiento de la Ley de Arbitraje (artículos 44 y 45 de la LA 2003), vuelve a manifestar la peculiaridad que pueden arrostrar los arbitrajes realizados en sede administrativa o con un componente administrativo, pese a ser arbitrajes en sentido propio —en beneficio, en este caso, del arbitraje, al optimizar la ejecución del laudo: el registro o anulación de la marca ante la propia Oficina.

Y, aunque, no se indique, la nulidad del Laudo deberá efectuarse ante el TSJ del lugar de la sede arbitral.

2. Arbitraje y patentes

Dentro de los grandes apartados de la propiedad industrial, aparece la patente, monopolio temporal necesario para mantener la industria y cuya regulación basada en Tratados internacionales y acuerdos, así como Directivas de la Unión Europea, obliga a una uniformización en la que los mecanismos de solución alternativa al conflicto judicial juegan un papel relevante.

En la Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes, se incluyó específicamente una modificación para que un organismo administrativo, como es la Oficina Española de Patentes y Marcas, se constituya en institución arbitral (además de mediadora).

Reza la Exposición de Motivos:

“En las disposiciones finales se modifica la Ley 17/1975, de 2 de mayo, de creación del Organismo autónomo «Registro de la Propiedad Industrial» (hoy OEPM) para incluir entre sus fines el impulso de la mediación y el desempeño como institución arbitral y de acuerdo con la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, las funciones que por real decreto se le atribuyan para la solución de conflictos relativos a la adquisición, contratación y defensa de derechos de Propiedad Industrial en materias de libre disposición”.

En la Ley 17/1975, de 2 de mayo, sobre creación del Organismo autónomo «Registro de la Propiedad Industrial», se modifica el apartado seis del artículo segundo y se adiciona un nuevo apartado siete al mismo artículo, con la siguiente redacción:

“Seis. Desempeñar como institución mediadora y arbitral, y de acuerdo con lo previsto en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles y Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, las funciones que por real decreto se le atribuyan para la solución de conflictos relativos a la adquisición, utilización, contratación y defensa de los derechos de Propiedad Industrial en aquellas materias no excluidas de la libre disposición de las partes conforme a derecho.

Siete. Cualquier otra función que la legislación vigente atribuya actualmente a la Oficina Española de Patentes y Marcas o las que en lo sucesivo le sean expresamente encomendadas en las materias propias de su competencia”.

La clave de aplicación se encontrará en el concepto de “libre disposición”.

En concreto, se excluyen de la libre disposición las cuestiones relativas a los procedimientos de concesión, oposición o recursos referentes a los títulos regulados en esta Ley, cuando el objeto de la controversia sea el cumplimiento de los requisitos exigidos para su concesión, su mantenimiento o su validez.

Es decir, tales exigencias no es un asunto de libre disposición para las partes. Son temas que, con origen legal o reglamentario, han de ser resueltos mediante actos de decisión administrativa, no de mera gestión. Y ahí se impide que los particulares puedan alterar los principios y fundamentos con los que las normas y su aplicación por las autoridades administrativas adoptan tales decisiones.

En las cuestiones que sí son de libre disposición en aquellos aspectos que no constituyan el núcleo duro de la decisión administrativa, las partes pueden someterse a arbitraje genuino. Así se indica en el art. 136 de la Ley de Patentes, que también permite recurrir a la mediación:

“Art. 136. Arbitraje y mediación. 1. Los interesados podrán recurrir a la mediación o someter a arbitraje las cuestiones litigiosas surgidas entre ellos con ocasión del ejercicio de los derechos reconocidos en esta Ley, en aquellas materias no excluidas de la libre disposición de las partes conforme a derecho.

2. No son de libre disposición, y quedan excluidas de la mediación o el arbitraje, las cuestiones relativas a los procedimientos de concesión, oposición o recursos referentes a los títulos regulados en esta Ley, cuando el objeto de la controversia sea el cumplimiento de los requisitos exigidos para su concesión, su mantenimiento o su validez.

3. El laudo arbitral firme producirá efectos de cosa juzgada de acuerdo con lo establecido en el art. 43 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, que será de aplicación en todo lo no previsto por el presente artículo, y la Oficina Española de Patentes y Marcas procederá a realizar las actuaciones necesarias para su ejecución.

4. El acuerdo de mediación suscrito por el mediador y las partes, una vez que elevado a escritura pública u homologado por el Juez se constituya como título ejecutivo de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, se comunicará a la Oficina Española de Patentes y Marcas para proceder a la ejecución del mismo.

5. Deberán comunicarse a la Oficina Española de Patentes y Marcas la presentación de los recursos que se interpongan frente al laudo arbitral o el ejercicio de una acción de nulidad contra lo convenido en el acuerdo de mediación. Una vez firmes las correspondientes resoluciones se comunicarán fehacientemente a la Oficina Española de Patentes y Marcas a los efectos previstos en el apartado anterior.”

Al igual que en la Ley de Marcas, en la legislación de patentes se prevé que el laudo tendrá efectos de cosa juzgada y que la ejecución corresponde, aquí también, a la Oficina

Española de Patentes y Marcas. Y ésta adoptará todas las medidas pertinentes para su ejecución, que será aquí también, ejecutiva en vía administrativa.

Y de igual forma que en aquella legislación, también se tendrá que comunicar a la Oficina, la eventual acción de anulación que se ejercite contra el laudo final y a la que resultará de aplicación lo dispuesto en el art. 41 y concordantes de la LA 2003. Una vez resueltos y firmes, las Sentencias también deberán comunicarse a la Oficina a efectos de su ejecución.

Nos encontramos pues ante dos supuestos de arbitraje en el seno de procedimientos administrativos, en áreas sensibles para la economía como son los signos y elementos protectores de la propiedad industrial. Indudablemente, la presencia de la Administración colorea estos procedimientos, especialmente en lo que hace a la ejecución de los laudos, donde recupera el poder público toda su ejecutividad.

Este híbrido pues, representa una vez más, la miscelánea con la que se actúa cuando está presente una Administración. Pero, también supone, un reconocimiento de la fuerte tendencia que cobra en el arbitraje en el seno de procedimientos que son similares en el terreno internacional, homogéneos, con la posibilidad de inspirarse entre diferentes culturas jurídicas, logrando poco a poco, instrumentos que si no uniformizan, al menos armonizan las técnicas de reconocimiento y protección de la propiedad industrial. Y ello, desde luego, jamás se habría conseguido si se siguiera encerrando la misma dentro de los cauces nacionales y estrechos del contencioso administrativo.

3. Arbitraje y propiedad intelectual

A) Marco general

Pasamos a examinar otro supuesto en que la Administración dispone de potestades arbitrales, con peculiaridades desde luego, en el ámbito de la Propiedad Intelectual, según expone el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril (modificado recientemente por la Ley 2/2019, de 1 de marzo y el Real Decreto-ley 2/2018), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia.

Sabido es que en este ámbito se produce una continua conflictividad, en parte debida a las facilidades de acceso libre a los contenidos que obedece al incremento del uso de las nuevas tecnologías y las dificultades de adaptar la legislación a los continuos cambios tecnológicos que van un paso por delante. Al mismo tiempo, existe una gran presión por parte de la piratería, esto es, de la reproducción ilegal de tales productos que provoca la necesidad de adoptar programas internacionales para la protección de las obras.

Dentro de estas cuestiones, se creó la denominada Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual (art. 193.2. a)), que es un órgano colegiado de ámbito nacional a la que se atribuyen funciones de mediación y arbitraje. También tendrá funciones consultivas “asimismo ejercerá funciones de asesoramiento sobre cuantos asuntos de su competencia le sean consultados por el Ministerio de Cultura y Deporte”.

La Sección Primera ejercerá las funciones de mediación, arbitraje, determinación de tarifas y control en los términos previstos en la Ley.

La Sección Primera, encargada pues del arbitraje administrativo, está compuesta por cinco vocales titulares, que podrán delegar sus funciones en sus respectivos suplentes, todos ellos elegidos entre expertos de reconocida competencia en materia de propiedad intelectual y en materia de defensa de la competencia. Lo cual ya indica que, en su cometido, ambos parámetros normativos van a jugar un papel en tándem, en dúo, puesto que no pocas infracciones contra la propiedad intelectual producen a su vez efectos en el *antitrust*, y en todo caso, las técnicas de examen de los mercados, suponen resueltamente un instrumento útil para entender en su totalidad lo que supone la infracción de los derechos de autor y asociados a éste.

El Ministerio de Cultura y Deporte designará al presidente de la Sección, cargo que debe recaer en uno de los vocales designados por este Ministerio. Pero esta designación de funcionarios, como hemos comprobado en otros sectores (Telecomunicaciones, Defensa de la Competencia, por ejemplo), puede ser perfectamente compatible si se equilibra esa designación con los rasgos de la independencia funcional para garantizar la imparcialidad de la Sección y, en fin, de los árbitros. No se exige, a pesar de ser un genuino arbitraje, la condición de jurista, por lo que al resultar de aplicación la LA 2003 esa condición deberá recaer como mínimo en uno de los componentes del tribunal arbitral o, en su caso, en quien ejerza de árbitro único (art. 15 LA 2003).

Efectivamente, parece que se ha conseguido, pues el art. 193, apartado 3.2. *in fine*, de la Ley de Propiedad Intelectual, indica:

“Los vocales de la Sección serán nombrados por el Gobierno, mediante real decreto, a propuesta de los titulares de los Ministerios de Cultura y Deporte, que designará dos vocales; del Ministerio de Economía y Empresa, que designará dos vocales, uno del ámbito Avance Digital y otro del ámbito Economía y Apoyo a la Empresa; y del Ministerio de Justicia, que designará un vocal, por un periodo de cinco años renovable por una sola vez”.

Cuatro de los cinco vocales son licenciados en derecho –el quinto en discordia es alto funcionato del estado, Técnico Comercial, nombrado como no podía ser de otra manera por el Ministerio de Economía y Empresa–⁶⁶⁵. El último vocal (Fernando Carbajo Gastón) fue nombrado mediante Orden CUD/315/2019, de 19 de marzo, por la que se dispone el cese y nombramiento de vocales y del Presidente de la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual.

Al igual que en los demás supuestos indicados, la designación en el seno de la Administración Pública procede necesariamente de un acto gubernamental –no hay otra forma seria en realidad– y son después las condiciones de permanencia y cese las que determinan su independencia y por ende su idoneidad como árbitros. En este caso, vemos que son los tres Ministerios que podrían verse afectados los que designan los cinco vocales, cada uno con la intensidad en la que interfiere en su área la Comisión.

Una demostración del carácter híbrido de la Comisión es que la composición, funcionamiento y actuación de la Sección Primera se regirá por lo dispuesto en esta ley y las normas reglamentarias que la desarrollen y supletoriamente por las previsiones de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, y de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, y de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. El Gobierno podrá modificar reglamentariamente la composición de la Sección Primera.

⁶⁶⁵ Fernando Carbajo Gascón, José Luis Cádiz Deleito, Borja Adsuara Varela, Domingo Bello Janeiro, Juan Enrique Gradolph Cadierno. Consultable en: <http://www.culturaydeporte.gob.es/cultura/areas/propiedadintelectual/mc/s1cpi/composicion.html>

Esto viene a suponer que la LA 2003 es tenida en cuenta como norma general común y que las especialidades que, se supone aparecen en lugar primero, han de ser compatibles con esta norma. En realidad, la referencia a normas que se encuentran en polos opuestos de actuación sucede porque la aplicación de la propia Ley de Patentes y la 40/2015 del sector público, atiende a la organización de la Comisión como órgano administrativo; en cambio, el procedimiento se sujeta a la LA 2003.

En cuanto a la modificación por reglamento de la composición, alude a la organización, no al cese de los vocales, que son inatacables. Al mismo tiempo, esa posible alteración ha de hacerse con reconocimiento y respeto de la independencia del órgano, por lo que sería nula una reorganización que diluyera las posibilidades decisorias del órgano. Pues es la única forma de mantener la independencia del órgano decisor. Dentro de este contexto, realmente la Ley genera alguna confusión al mezclar indebidamente, funciones de mediación con las del arbitraje. Ejemplo de lo lejano que es la administración —y el legislador— a este tipo de fórmulas. Lo que ha propiciado la escasísima función arbitral que ha tenido la Comisión⁶⁶⁶.

Ya hemos indicado que, en términos generales, en el logro de que el Derecho administrativo comience a aceptar el arbitraje, hay que dejar franco el paso a la mediación. Pero una cosa es hacer que la mediación en algunas ocasiones sirva de estilete para despejar el paso del arbitraje y otra muy distinta es que el arbitraje y la mediación confundan sus efectos.

Y esto es lo que sucede en la legislación de propiedad intelectual. En efecto, en el Art. 194, y bajo el epígrafe “Funciones de mediación, arbitraje, determinación de tarifas y control” se añade con carácter sorpresivo —y erróneo—:

“1. La Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual ejercerá su función de mediación en los siguientes términos:

a) Colaborando en las negociaciones, previo sometimiento voluntario de las partes por falta de acuerdo, respecto de aquellas materias directamente relacionadas con la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual y para la autorización de la distribución por cable de una emisión de radiodifusión entre los titulares de los derechos de propiedad intelectual y las empresas de distribución por cable.

b) Presentando, en su caso, propuestas a las partes.

Se considerará que todas las partes aceptan la propuesta a que se refiere el párrafo anterior, si ninguna de ellas expresa su oposición en un plazo de tres meses. En este supuesto, la resolución de la Comisión surtirá los efectos previstos en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, y será revisable ante el orden jurisdiccional civil”.

Es decir, mezcla y confunde la mediación con el arbitraje. Así, el acuerdo de mediación —como acuerdo y transacción de la disputa— no es un acto revisable (*vid.* arts. 24 y siguientes de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles). Ni cabe una acción de anulación frente al acuerdo —que no resolución del mediador— alcanzado por las partes. Precisamente no cabe porque fue consentido y aceptado por ambas. De hecho, el término empleado por el legislador en la propia Ley de Propiedad Intelectual es el de “*propuesta*”. ¿Qué es lo que ocurre? Que si las partes no se oponen a la propuesta de la Comisión de Propiedad Intelectual, se entenderá que la aceptan como propia. El error que comete el legislador es atribuir a esa propuesta aceptada por las partes

⁶⁶⁶ A. Montesinos García, “El protagonismo de la Comisión de la Propiedad Intelectual, a la luz de la reforma del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual”, *InDret*, vol. 4, octubre 2014, p. 6.

la cualificación propia de un laudo, lo que demuestra la confusión del legislador entre el arbitraje y figuras afines.

Luego, en el siguiente ordinal, el art. 194.2 de la Ley de Propiedad Intelectual sí se refiere a un prototípico arbitraje genuino para la administración de conflictos relacionados con la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual y fijando cantidades sustitutorias de las tarifas generales:

“La Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual actuará en su función de arbitraje:

a) Dando solución, previo sometimiento voluntario de las partes, a los conflictos sobre materias directamente relacionadas con la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual;

b) Fijando, a solicitud de la propia entidad de gestión afectada, de una asociación de usuarios, de una entidad de radiodifusión o de un usuario afectado especialmente significativo, a juicio de la Comisión, y previa aceptación de la otra parte, cantidades sustitutorias de las tarifas generales, a los efectos señalados en el apartado 4 del art. 163, para lo que deberá tener en cuenta al menos los criterios mínimos de determinación de estas, previstos en el art. 164.3.”

Frente al laudo que se dicte cabrá ejercitar la acción de anulación –ahora sí– bajo los parámetros del art. 41 LA 2003. Y el laudo será ejecutable ante el Juzgado de Primera Instancia del lugar de la sede del arbitraje.

Tenemos así una serie de distorsiones del procedimiento mezcladas con el proceso. En primer lugar, la Comisión de Propiedad Intelectual es un órgano de naturaleza administrativa que no forma parte de la estructura orgánica del Ministerio. La sección primera, Además de las funciones de mediación o arbitral que asume, tiene también la potestad para determinar las tarifas y la función de control sobre las tarifas generales establecidas para velar por que éstas sean equitativas y no discriminatorias.

En segundo lugar, el hecho de que solo pueda conocer de una serie de controversias delimitadas por el legislador no implica que el arbitraje en materia de propiedad intelectual sea “inarbitrable” salvo en los referidos supuestos. Dado que el objeto de las controversias en materia de propiedad intelectual no son materias indisponibles para las partes, cabrá el arbitraje regulado en la LA 2003 siempre que dos personas decidan acudir a un arbitraje para solucionar sus controversias⁶⁶⁷. Aquí ya no se trataría de un arbitraje sometido ante la Comisión de Propiedad Intelectual.

Conviven dos reglamentos diferentes que regulan la Comisión de Propiedad Intelectual: (a) Real Decreto 1889/2011, de 30 de diciembre, por el que se regula el funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual; y (b) Real Decreto 1023/2015, de 13 de noviembre, por el que se desarrolla reglamentariamente la composición, organización y ejercicio de funciones de la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual.

El primero, pues, alterado por el segundo en aquello que se solapan, básicamente regula las funciones de la sección segunda. El segundo, en cambio, regula las funciones de la sección primera y también las características que reúne:

i) Principios rectores:

(a) “art. 4. La Sección Primera actuará con sometimiento a los principios de legalidad, imparcialidad, neutralidad, igualdad entre las partes y audiencia. En los procedimientos de mediación y

⁶⁶⁷ J.F. Merino Merchán y J.C. Chillón Medina, *Tratado de Derecho Arbitral...* op. cit. p.416

arbitraje se aplicarán además los principios de voluntariedad, salvo invocación de convenio, cláusula arbitral o pacto escrito de mediación, y confidencialidad.”

ii) Aplicación del *Kompetenz–Kompetenz* (francamente curioso tratándose, no lo olvidemos, de un órgano administrativo):

(b) “Art. 9. La Sección Primera decidirá de oficio de manera motivada sobre su propia competencia, incluidas las excepciones relativas a la existencia o validez del convenio o cláusula de mediación o arbitraje, así como cualquier otra cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia, de conformidad con lo establecido en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, en procedimientos arbitrales, en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, en procedimientos de mediación, y en el presente real decreto”.

iii) Inicio del arbitraje: se trata de un procedimiento común, pues se inicia mediante solicitud de arbitraje, con la peculiaridad de que aunque no medie convenio arbitral, se dará traslado de la solicitud de arbitraje al demandado por si quisiera aceptar el arbitraje (art. 14). Recibida la solicitud de arbitraje, la Sección Primera remitirá, en el plazo de quince días, al demandado o demandados una copia de la solicitud y el demandado responderá en el plazo de treinta días hábiles desde su recepción.

(c) Se establece un extraño mecanismo de recursos pues la Sección Primera acordará la admisión de la solicitud de arbitraje por mayoría; pero en el caso de que se acuerde la inadmisión o la acumulación de la solicitud de arbitraje a otros procedimientos que se estén sustanciando ante la Sección, la decisión –en realidad, laudo parcial– será recurrible en reposición ante la propia Sección Primera, en virtud de lo dispuesto en el art. 123.1º Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Se desnaturaliza, pues, la condición del arbitraje en esta primera fase al permitir un recurso administrativo, por mucho que se dirija ante la propia Comisión de Propiedad Intelectual. Habría sido mucho más eficaz permitir la acción de anulación del laudo.

iv) Procedimiento arbitral: el procedimiento se sustancia como cualquier arbitraje, dotándose a la Sección Primera de la potestad de admitir las pruebas que considere necesarias para formarse criterio. Si bien se le confiere cierto carácter conciliador al permitirse que convoque a las partes cuantas veces quiera (las que “*estime precisas*”) con el objeto de que las partes alcancen un acuerdo.

v) Terminación del procedimiento: será mediante laudo impugnabile ante el TSJ del lugar donde se hubiera dictado y ejecutable ante el JPI del mismo lugar. Deberá dictarse –salvo acuerdo en contra– en el plazo máximo de seis meses prorrogables por otros dos. En caso de que las partes alcanzasen un acuerdo durante el procedimiento que pusiera fin, total o parcialmente, a la controversia, lo formalizarán por escrito y lo comunicarán a la Sección a fin de que se den por terminadas las actuaciones respecto de los puntos acordados y ésta dicte laudo en los términos convenidos salvo que aprecie motivos para oponerse o las partes renuncien a que se dicte el mismo.

B) Arbitraje de sustitución de tarifas

El anterior sería el arbitraje general. El RD 1023/2015 regula también un: “procedimiento de arbitraje de sustitución de tarifas” (arts. 18 y ss). La solicitud de arbitraje la podrá presentar una entidad de gestión, la asociación de usuarios, la entidad de radiodifusión, o el usuario afectado especialmente significativo. Dado que el objeto del arbitraje es fijar una cantidad sustitutoria de las tarifas generales establecidas por una entidad de gestión, el solicitante deberá: (a) fijar una cantidad sustitutoria de las tarifas generales establecidas por la entidad de gestión; (b) exponer las razones que justifican la solicitud de sustitución de la cantidad establecida por la entidad de gestión; (c) proponer una cantidad sustitutoria determinada o determinable. Además de aportar el resto de requisitos formales como el convenio arbitral o expreso sometimiento a la Sección Primera.

Presentada la solicitud, la Sección Primera dará traslado de la misma a la otra parte para que presente su respuesta en el plazo de treinta días hábiles desde su recepción. La falta de presentación de la respuesta impedirá proseguir el procedimiento. La inadmisión de la solicitud, recurrible en reposición frente a la propia Sección Primera dejará expedita la vía judicial ordinaria para conocer del asunto sometido a dicha Sección.

El resto del procedimiento no varía del estipulado para el arbitraje general.

El RD 1023/2015 regula también un procedimiento de determinación de tarifas. Este no se trataría ya de arbitraje sino de un procedimiento que pone fin a la vía administrativa y que, aunque no quepa alzada, cabrá recurso de reposición ante la propia Sección Primera y la decisión que se adopte será recurrible ante la jurisdicción contenciosa-administrativa (art. 27). Únicamente, para poner fin a este capítulo indicar otra norma relevante en caso de querer iniciarse un procedimiento arbitral, como es la Orden ECD/324/2017, de 3 de abril, por la que se establecen precios públicos por prestación de servicios de la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual. Ciertamente, esta complicada tramitación surge desde el fenómeno conocido como “Ley Sinde” que afectó a todo el sector. Tanto los problemas enormes de las tarifas de acceso y gestión de derechos colectivos constituyen en la sociedad de la información un aspecto que afecta cotidianamente al uso por los ciudadanos de manera frecuente y que da lugar a problemas cuya mejor solución, entendemos, puede pasar por lograr una actitud decidida en forma ya conocida en otros sectores.

CONCLUSIONES

I

Existen dos escenarios diferentes de la participación del Estado en el arbitraje que se unen por el cordón umbilical de este medio alternativo de solución de conflictos: el Estado como sujeto pasivo del arbitraje y el Estado como árbitro. Analizados cada uno de estos círculos secantes por separado, nos encontramos con una variedad de problemas e incógnitas a los que hemos pretendido dar solución.

La primera incertidumbre que es preciso despejar —máxime en el arbitraje administrativo— es el encaje del instituto arbitral dentro de la Constitución Española de 1978 que, a diferencia de algunas constituciones decimonónicas, no contiene referencia alguna al arbitraje. Al contrario, la reserva de jurisdicción del art. 117.3 CE, unido a las extraordinarias prebendas contenidas en los artículos 103 y 106 CE, parece inclinar (en pura teoría) la balanza hacia la inadmisión del arbitraje administrativo, la imposibilidad de que las Administraciones Públicas (por emplear el término como sinécdoque) se sometan a un arbitraje; o, lo que es peor, que sometidas a ese arbitraje se cuestione la validez y eficacia del laudo por esa falta de previsión constitucional.

II

Para desembrollar esta intrincada cuestión la técnica adecuada es el examen histórico y constitucional (toda la jurisprudencia emanada del TC) que nos ha permitido aclarar que el arbitraje es un equivalente jurisdiccional y que, en lógica consecuencia, esa orfandad constitucional no es obstáculo para su reconocimiento. Pero este análisis también es útil por dos razones de hondo calado: (i) para diferenciar el arbitraje de otras figuras emparentadas, con raíces comunes, pero que no son arbitraje y (ii) más importante, para sedimentar las bases constitucionales en las que se funda el arbitraje; esto es, por qué afirmamos con rotundidad que es compatible con la constitución.

Para (i), diferenciar el arbitraje de otros institutos que emplean su terminología pero que no son arbitraje en sentido estricto, las claves se desprenden de la coexistencia de tres principios básicos: que medien los principios de audiencia, contradicción e igualdad; que hayan sido las partes las que en uso de su autonomía de la voluntad hayan decidido optar por la vía arbitral; y que el laudo tenga efectos de cosa juzgada. Estas tres notas son los pilares que fundan la idea de arbitraje —a la que se aderezan la independencia e imparcialidad de los árbitros, que queda fagocitada en las piezas anteriores—. El resto podrán sostener la envoltura; pero no el ramo.

Para (ii), el análisis de la jurisprudencia es más difuso por recientes resoluciones originales que pretenden fundar el arbitraje en nada menos que la dignidad de la persona; pero es un mero verso suelto de una consolidada jurisprudencia que nos dice que el arbitraje es válido y se ahorma a las exigencias constitucionales por fundarse en la

libertad que es, junto con la justicia, la igualdad y el pluralismo político los valores superiores del ordenamiento jurídico español (art. 1 CE). De nuevo, vemos que todo el pentagrama arbitral tiene engarces precisos que no permiten analizarlo en compartimentos estancos –de ahí la extensión de esta tesis–. Pues si ahora decimos que el arbitraje se funda en la libertad, en el párrafo que nos precedía mencionábamos como característica indispensable de todo arbitraje la autonomía de la voluntad, que no es más que el brazo secular de esa libertad que propugna nuestra Constitución.

III

Debe ponerse de relieve la negativa histórica de que los árbitros desarrollen los instrumentos que ofrece la LOTC para dilucidar los rasgos constitucionales que emergen en los procedimientos: el recurso de amparo y la cuestión de inconstitucionalidad.

Respecto al recurso de amparo, la problemática estriba en dos extremos bien diferenciados: el primero, que permitir un recurso de amparo contra una decisión arbitral implicaría una injerencia de los magistrados del TC en el laudo que ya cuenta con sus propios remedios (artículo 41 LA 2003) para que los Jueces comprueben que el laudo se cohoneste con los principios constitucionales básicos. La segunda, de índole formal, es que el legislador prevé el recurso de amparo como remedio frente a la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva por parte de los poderes públicos. Con lo que el recurso de amparo se antoja inaccesible al arbitraje por los propios designios del legislador, amén de desaconsejable porque entonces el laudo podría ser atacado tanto por la vía del recurso de amparo como por la acción de anulación que ya comprende el orden público –que abarca el derecho a la tutela judicial efectiva– como motivo de anulación. Será, entonces, la decisión judicial que resuelva sobre la acción de anulación la que será recurrible en amparo porque, ahora sí, la dispensan los poderes públicos.

Más dudas nos ofrece la cuestión de inconstitucionalidad. Aunque existe una tradición histórica de negar a los árbitros la facultad de plantear una cuestión de inconstitucionalidad, lo cierto es que no existen razones de fondo ni de peso que lo prohíban. Ciertamente es que el artículo 35 LOTC indica que podrán plantear la cuestión de inconstitucionalidad un “Juez o Tribunal”; pero esa norma data de 1979, cuando no existía jurisprudencia constitucional sobre el arbitraje ni tampoco había surgido la idea de que el arbitraje conforme un “equivalente jurisdiccional”. El hecho de que el legislador no pensara en los árbitros no obedece a una prohibición. Obedece a que en España el arbitraje era un encerrado virgen en la fecha de sanción de la LOTC. Si el arbitraje es un “equivalente jurisdiccional” es porque el árbitro es un “equivalente judicial”; con lo que no existen razones de calado para que no se produzca la apertura que defendemos en esta tesis de que el árbitro plantee la cuestión de inconstitucionalidad. Amén de los beneficios para los justiciables que presenta esta posibilidad; como que el árbitro dicte el laudo en consistencia con la decisión constitucional y los contendientes tendrán garantizado que existe un pronunciamiento previo del custodio constitucional que evitará la posterior nulidad del laudo por esa infracción que previamente habrá planteado el árbitro.

IV

En el Derecho de la UE, en cambio, existe una restricción absoluta a que un árbitro plantee la cuestión prejudicial porque no se acomoda a los requisitos de órgano jurisdiccional que recoge el art. 267 TFUE; sin embargo, existen incipientes decisiones que abogan por que los tribunales arbitrales administrativos –incluso aquellos que diriman un arbitraje en sentido estricto– planteen la cuestión prejudicial. Y quién sabe que otras aperturas se producirán en el futuro –máxime con los inéditos tribunales permanentes de arbitraje de los TLCs que aguardan en la recámara–. Prueba de lo oscilante del concepto de órgano jurisdiccional, la encontramos en la STJUE de 21 de enero de 2020⁶⁶⁸ que rechaza, a diferencia de otras resoluciones anteriores, que los Tribunales Económicos Administrativos sean considerados “órgano jurisdiccional” a los efectos de plantear la cuestión prejudicial.

V

Abrogada cualquier duda respecto al encaje constitucional y la función de los árbitros en ese marco legislativo, procede enumerar las razones fácticas por las que cabe animar al legislador a fomentar el arbitraje administrativo como medio alternativo de resolución de conflictos. Esas ventajas son –sin carácter limitativo–: (i) celeridad, (ii) especialidad y (iii) flexibilidad. Así, aunque ínclitos autores han propugnado la propulsión del arbitraje sobre la base exclusiva de su celeridad bajo el manido argumento de descongestionar el colapsado sistema contencioso–administrativo, lo cierto es que la rapidez no justifica –por sí sola– el despegue del arbitraje administrativo. La especialidad aquí se erige como una nota característica de todo arbitraje administrativo, lo que se observa particularmente en los arbitrajes sectoriales, donde encontramos la máxima expresión del arbitraje administrativo debido a su inédita representación en otros ámbitos. Respecto de la flexibilidad, como hemos indicado en el cuerpo de la tesis, el procedimiento contencioso–administrativo (más si sumamos la fase administrativa previa) es una carrera de obstáculos donde, además, la autotutela impide que el particular –cuando se arrostre contra una Administración Pública– actúe en igualdad de condiciones, con lo que el arbitraje presenta innumerables ventajas.

El principio de legalidad es la base por antonomasia del Derecho administrativo y se constituye como la autorización previa que permite actuar a los órganos administrativos. Por esta razón es imprescindible delimitar las materias susceptibles de someterse a arbitraje –amén de que sería causa de nulidad del laudo que se dirimiera un asunto no arbitrable– y animar al legislador a que el arbitraje administrativo colonice áreas en las que aún puede germinar. Para lograr este aventurado propósito, el medio idóneo –

⁶⁶⁸ STJUE de 21 de enero de 2020, C-274/14 *Banco Santander*.

principio de legalidad mediante— sería promulgar una Ley de Arbitraje Administrativo que aunaría las virtudes expuestas en esta tesis y delimitaría con la precisión de un cirujano qué es arbitrable y qué no.

VI

Ejemplos estrafalarios donde actúa el arbitraje no faltan hoy, que van desde lo más sofisticado —la propia Deuda Pública del Estado puede someterse a arbitraje en virtud del art. 98.3 de la LGP— a lo más rústico —en el ámbito interno se encuentran antiguas disposiciones similares en materia agrícola, en el que determinados acuerdos interprofesionales relacionados con la Avellana se sometían a arbitraje con nombramiento de los árbitros por parte del reformado Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación. También la homologación de contratos tipo de la Lenteja de la Armuña, Alubias y otros igual de curiosos, expresaban el sometimiento a arbitraje gracias a la habilitación previa contenida en la Ley 19/1982, de 26 de mayo, de contratación de productos agrarios, con admisión también del arbitraje de equidad—. Arbitrajes simpáticos, hoy caducos, que demuestran la virtualidad que tiene el arbitraje y su ductilidad para amoldarse a cualquier tipo de disputa.

Con esta lección no pretendemos animar el arbitraje “a toda costa”. Hay materias indisponibles que nunca serán objeto de arbitraje como la impugnación de un Reglamento. Otras, como las relacionadas con el patrimonio histórico de un país que son inejecutables e inarbitrables —piénsese un particular que pretenda cobrar del Estado con cargo e incautación de un cuadro de interés cultural—. Sin embargo, las de carácter pecuniario (i.e. indemnizaciones derivadas de una expropiación forzosa) no revisten dificultad alguna para reunir las en el catálogo de materias disponibles y arbitrables como tampoco lo hacen aquellas materias que en realidad son de ámbito privado aunque se las vista con un ropaje administrativo. Inclusive, en el ámbito típico del Derecho Internacional Privado, hay actos dictados por entidades administrativas que son ejecutables en otros países de la Unión Europea gracias al mecanismo dispuesto en el Reglamento Bruselas I bis como sería la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 9 de marzo de 2017 en el asunto *Pula Parking*. La seguridad jurídica es lo que pretendemos afianzar *lege ferenda* con una Ley de Arbitraje Administrativo.

VII

Los dos lugares donde el arbitraje administrativo destaca, son:

— Actividad administrativa arbitral: la denominada actividad administrativa arbitral constituye el modelo donde el arbitraje administrativo se ha asentado con una mayor profusión. Particularmente, lo que hemos denominado arbitrajes sectoriales —consumo, transportes, telecomunicaciones etc.— son la muestra germinal de la eficacia del arbitraje administrativo.

– En contratación pública encontramos pocos ejemplos –más allá de que cada vez es más habitual encontrar convenios arbitrales en los pliegos administrativos–. La deficiente técnica legislativa –supresión de la prohibición de que las administraciones públicas se sometan a arbitraje; pero un aliento a las restricciones en la contratación internacional– incluida en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, no coadyuva a considerar que el legislador potencie el arbitraje en la contratación pública a pesar de que se ha descubierto como un instrumento útil para la atracción de inversión extranjera.

La gran parte del resto de figuras que se encuentran en el panorama español (i.e. art. 112 Ley 39/2015) son meros remedos que no constituyen propiamente arbitraje sino que contienen una fórmula parecida, pseudoarbitral, con la que se sustituyen fases administrativas o se solucionan conflictos *interna corporis* de competencias y funciones de la administración.

VIII

El arbitraje administrativo ha irrumpido, especialmente en las dos últimas décadas, es en la arena internacional. Hasta entonces era un mero actor secundario, producto embrionario, primeras piedras que han asentado un camino donde se dirimen actualmente algunos de los arbitrajes de cuantías más relevantes y mayor repercusión en los medios donde se reservaba al Derecho los lugares más inhóspitos de la prensa –a salvo, claro, de gacetas especializadas–. Esta incursión se ha visto favorecida por dos factores esenciales: (i) la expansión de empresas estatales en el ámbito de los negocios internacionales y (ii) la participación de los Estados en arbitrajes comerciales y de inversiones.

Sin embargo, todo ese camino labrado, predio donde los inversores de países desarrollados podrían invertir con una mayor tranquilidad, ha topado precisamente con la oposición de uno de sus prístinos impulsores: la UE. ¿La razón? que los arbitrajes se extienden a países del entorno comunitario y afectan a disputas intra–europeas lejos del alcance del TJUE. Pero el TJUE no se veía envuelto porque así lo pactaron los países al ratificar los APPRIs. Las trabas impuestas por la UE –y, especialmente, el impacto de la STJUE *Achmea*– han desembocado en que el 15 de enero de 2019 los representantes de los Estados miembros emitieran una declaración por la que rescindían los APPRIs intra–UE. Claudicación forzada por la asunción, por parte de la UE, de un mayor número de competencias. Y también han producido un aumento de la ejecución de laudos en países *extra* UE –principalmente en EE.UU. con una vocación más liberal del arbitraje–.

La potestad regulatoria de la UE abarca también la PESC; por lo que es la UE –y no los Estados miembros– quien tiene competencia para concluir TLCs con terceros países (Japón, Singapur o Canadá son vivos ejemplos de las capacidades plenipotenciarias de la UE en materia de inversiones extranjeras, a lo que se añade el reciente Reglamento (UE) 2019/452 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de marzo de 2019 para el control de las inversiones extranjeras directas en la Unión). Estos TLCs nos deparan un futuro incierto –no en vertiente descalificativa del término sino de pura incógnita, por

inéditos— en los arbitrajes de inversión al sustituir los tradicionales tribunales arbitrales por tribunales permanentes de arbitraje.

IX

La inmunidad de jurisdicción —cuando medie previo consentimiento del Estado— tiende a la desaparición; sin perjuicio del desconocimiento que todavía cala en la judicatura como demuestran las resoluciones expuestas en esta tesis. Quedará de forma residual para disputas donde el Estado no haya pactado acudir al arbitraje; pues, cuando lo haya hecho, la aplicación de la inmunidad de jurisdicción solo funcionará en los supuestos más estrambóticos, donde existan dudas del consentimiento del Estado y por esta razón se proteja su soberanía.

La inmunidad de ejecución ve cada vez más reducido su ecosistema. Los Tratados Internacionales procuran que no sirva como “cajón de sastre” para evitar que los laudos dictados por los tribunales arbitrales sean “papel mojado”. No cabe duda, eso sí, que servirá para dilatar enormemente el importe de la condena del laudo. Razón por la que entran en juego, entre otros, los *thirdy party funding*, capaces de soportar el retraso del pago de los laudos a cambio de obtener una importante rentabilidad. Actores nada desdeñables en el futuro del arbitraje de inversiones donde buscan sus “unicornios” particulares —como en *Teinver c. República Argentina*— y tratan los procedimientos arbitrales como activos donde obtener rentabilidad. Lo que no es una crítica, sino, más bien, una tendencia que obliga a los que nos dedicamos al mundo del arbitraje a reinventarnos y aceptar nuevos protagonistas dentro de la amalgama de actores que colman el arbitraje.

Estos arbitrajes de inversiones parten de un consentimiento previo del Estado; aunque en algunos casos para facilitar su comprensión dogmática se denominen arbitrajes “unilaterales”. En España la firma de un tratado reviste de cierta liturgia constitucional que otorga una garantía adicional de que el tratado es compatible con el marco constitucional. El papel que juega el Consejo de Estado es fundamental para la ratificación de los tratados. Tras esa ratificación no es deseable, si queremos que España se coloque en los altos puestos de las listas internacionales de inversión (i.e. *Doing Business*), ignorar o retrasar el pago indefectible de los laudos a los que somos —y me incluyo en mi condición de contribuyente— condenados. Y esa defensa de lo pactado debe realizarse con la misma vehemencia cuando es una empresa española la que se ve envuelta en un procedimiento arbitral (i.e. *Repsol c. Argentina*) como cuando es España la condenada; por lo que al margen de coloquios proteccionistas, lo que nos jugamos es la credibilidad del sistema arbitral construido recientemente a base de quilates de tesón, esfuerzo y calidad.

X

Los principios de Derecho administrativo—constitucional (retroactividad, (no)discriminación, interdicción de la arbitrariedad, legalidad y sobre todo, expropiación —directa e indirecta— y confianza legítima) poseen un aimportancia esencia en el ámbito del

arbitraje de inversiones. Conciliar polos tan opuestos como el arbitraje y Derecho administrativo es una tarea de orfebrería jurídica que deben llevar a cabo los tribunales arbitrales para garantizar la supervivencia del arbitraje de inversiones. Para lo cual es imprescindible corregir posibles abusos, dotar de un marco más sencillo de ejecución de los laudos y ganar credibilidad en la ciudadanía para que no se considere un arbitraje reducido a grandes élites corporativas. Una vez, corregido, tanto el arbitraje comercial y de inversiones actual donde participan administraciones públicas, como el marco venidero, tendrá un futuro garantizado.

BIBLIOGRAFÍA Y DOCUMENTACIÓN

BIBLIOGRAFÍA

MANUALES Y MONOGRAFÍAS

- Albaladejo, M., y Díaz Alabart, S., (coords.): *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Jaén, Edersa, 1995.
- Alexy, R.: *Teoría de la Argumentación Jurídica: Teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- Alonso García M.C.: *La responsabilidad patrimonial del Estado Legislador*, Madrid, Marcial Pons, 1999.
- Alonso García R.: *El Juez Nacional en la Encrucijada Europea de los Derechos Fundamentales*, Navarra, Thomson Reuters-Civitas, 2014.
- Alonso García, R.: *Justicia constitucional y Unión Europea*, Navarra, Cizur Menor, 2005.
- Aristóteles: *Retórica*, Madrid, Alianza Editorial, 2005.
- Arroyo Zapatero, A., y Nieto Martín, A. (coord.): *El Derecho Penal en la era Compliance*, Tirant lo Blanch, 2013
- Atienza Rodríguez, M.: *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- Baena del Alcázar, M., *Los transportes mecánicos por carretera en el Derecho administrativo español*, Madrid, Montecorvo, 1970.
- Ballesteros Panizo, C.I.: *El Arbitraje de Derecho Público*, Navarra, Editorial Thomson Reuters. Aranzadi, Cizur Menor, 2017
- Baño León. J.M.: *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016
- Barona Vilar, S. (coor.): *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Navarra, Thomson-Reuters Civitas, 2011.
- Barray, C. y Boyer P-X.: *Contentieux administrative*, Flammarion, Champs Université, 2015.
- Berman, H.: *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.
- Bermejo Vera, J.: *Constitución y deporte*, Madrid, Tecnos, 1998.
- Betancor Rodríguez, A.: *Las Administraciones independientes: un reto para el estado social y democrático de derecho*, Madrid, Tecnos, 1994.
- Bodino, J.: *Los seis libros de la República*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Colección Clásicos del Pensamiento Político y Constitucional Español, Mº de la Presidencia, 1992
- Boggiano, A.: *Curso de Derecho Internacional Privado y Derecho de las relaciones internacionales privadas*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000.
- Bravo, G.: *Historia de la Roma Antigua*, Madrid, Alianza Editorial, 1998.
- Brewer-Carías, A.R.: *El procedimiento administrativo global para la protección de las personas ante la Interpol frente a los Estados*, San José de Costa Rica, Investigaciones Jurídicas. S.A., 2015.
- Broches, A.: *Selected Essays: World Bank, Icsid, and Other Subjects of Public and Private International Law*, Holanda, Martinus Nijhoff Publishers, 1995.

- Bustillo Bolado, R.: *Convenios y contratos administrativos: transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento*, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2004.
- Cabezas Hernández, M.T.: *Las cámaras de comercio, industria y navegación de España: naturaleza jurídica y funciones*, Barcelona, Atelier, 2002.
- Caia, G.: *Arbitrati e modelli arbitrali nel diritto amministrativo*, Giuffrè, Milán, 1989.
- Calamandrei, P.: *Sin legalidad no hay libertad*, Madrid, Trotta, 2016.
- Calasso, F., *I Glossatori e la Teoria della Sovranità*, Milán, Giuffrè, 1957.
- Canning, J.: *The Political Thought of Baldo de Ubaldis*, Cambridge, Cambridge University Press, 1987.
- Carnelutti, F.: *Instituciones del nuevo proceso civil italiano*, Barcelona, 1942.
- Carrillo Salcedo, J.A.: *Curso de derecho internacional público*, Madrid, Editorial Tecnos S.A.
- Carter, J.H., y Fellas, J.: *International Commercial Arbitration in New York*, Nueva York, Oxford University Press, 2010.
- Casas Baamonde, M.E., y Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, M. (coords.): *Comentarios a la Constitución Española*, Madrid, 2008.
- Cascales Moreno, F.J., *Historia del Cuerpo Técnico de Inspección del Transporte Terrestre, antiguo de Intervención del Estado en la Explotación de Ferrocarriles*. Fundación Francisco Corell, 2014.
- Chico de la Cámara (Dir), P.: *Una propuesta para la introducción en nuestro sistema administrativo y tributario de medidas alternativas de resolución de conflictos (ADR)*, Instituto Nacional de Investigación Pública, 2017.
- Chiovenda, G.: *Istituzioni di diritto processuale civile*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1936.
- Chiti, M.P.: *Derecho administrativo europeo*, Madrid, Civitas, 2002.
- De Castro y Bravo. F.: *Derecho Civil de España*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1949.
- De Miguel Asensio, P.A.: *Derecho Privado de Internet*, Navarra, Thomson-Reuters Civitas, 2011.
- Delgado Piqueras, J.: *La terminación convencional del procedimiento administrativo*, Navarra, Thomson Reuters-Aranzadi, 1995.
- Dicey, A.V.: *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Londres, Macmillan, 1915.
- Díez de Velasco, M. (coord.): *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid, Tecnos, 2003.
- Díez del Corral, L.: *El liberalismo doctrinario*, Madrid, 1973
- Díez-Hochleitner Rodríguez, J, Caflisch, L., Bermejo García, R., Gutiérrez Espada, C.: *El derecho internacional: normas, hechos y valores: Liber amicorum José Antonio Pastor Ridruejo*, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Madrid, 2005.
- Díez-Picazo Giménez, L.D.: *La derogación de las leyes*, Civitas, Madrid, 1990.
- Díez-Picazo y Ponce de León, L.: *Comentarios a las reformas del Código Civil. El nuevo Título Preliminar y la Ley 2 de mayo de 1975*, Madrid, Editorial Tecnos, 1975.
- Díez-Picazo y Ponce de León, L.: *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, Editorial Bosch, Barcelona, 1957.
- Díez-Picazo y Ponce de León, L.: *La autonomía administrativa de las Cámaras Parlamentarias*, Bolognia, 1985.
- Díez-Picazo y Ponce de León, L.: *La doctrina de los propios actos*, Barcelona, Barcelona, 1963.
- Douglas, Z.: *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, 2009.

- Ecija, A., y Saiz (coords.) C.A.: *Compliance. Cumplimiento Normativo y Seguridad en la Empresa*, Navarra, Aranzadi Thomson Reuters, 2010.
- Eisenmann, Ch.: *L'Esprit des Lois et la séparation des pouvoirs*, Paris, Editorial Sirey, 1933.
- Espluges Barona, C.: *Arbitraje y Derecho Administrativo. Teoría y Realidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.
- Esteve Pardo, J.: *Estado Garante. Idea y Realidad*, Madrid, INNAP Investiga, 2015.
- Fach Gómez, K.: *La política de la Unión Europea en materia de derecho de las inversiones internacionales*, Barcelona, Bosch, 2017.
- Fernández de Buján, A.: *Derecho Público Romano*, Madrid, Thomson Reuters Civitas, 2010.
- Fernández de Buján, A.: *La Deuda Histórica del Arbitraje Moderno*, Madrid, Edición de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación entregada en el acto de investidura.
- Fernández Montalvo R., Teso Gamella P., y Arozamena Laso, A.: *El arbitraje: ensayo de alternativa limitada al recurso contencioso-administrativo*, Consejo General del Poder Judicial, 2004.
- Fernández Rodríguez, T. R.: *De la arbitrariedad de la Administración*, Madrid. Civitas, 5ª Edición, 2008.
- Fernández Rozas, J.C., Arenas García, R., y de Miguel Asensio, P.A.: *Derecho de los Negocios Internacionales*, Iustel, 2013.
- Fernández Rozas, J.C., y Sánchez Lorenzo, S.: *Derecho Internacional Privado*, Madrid, 1999.
- Fernández Rozas, J.C.: *Sistema de Derecho Económico Internacional*, Navarra, Thomson-Reuters Civitas, 2010.
- Fernández Rozas, J.C.: *Tratado de Arbitraje comercial en América latina*, Madrid, Iustel, 2008.
- Fernández Rozas, J.C.: *Veinticinco años de arbitraje en España. Libro conmemorativo de la Corte civil y mercantil*, Madrid, 2015.
- Fernández, T.R., Santamaría Pastor, J. A. y Muñoz Machado, S.: *Constitución y Leyes Administrativas Fundamentales*, 2ª ed., Iustel, Madrid, 2008.
- Forsthoff, E.: *El Estado de la sociedad industrial*, Madrid, IEP, 1975
- Fouchard, P., Gaillard E., y Goldman, B.: *On International Commercial Arbitration*.
- Fraga Pitaluga, L.: *El arbitraje en el Derecho administrativo*, Caracas, 2000.
- Fuertes López, M. (coord.): *Un procedimiento administrativo para Europa*, Navarra, Cizur Menor, 2012.
- Galán Vioque, R.: *La responsabilidad del Estado Legislador*. Editorial Cedecs. Barcelona 2001.
- Gallego Anabitarte, A.: *Constitución y Personalidad Jurídica del Estado*, Madrid 1992.
- García de Enterría, E.: *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, Madrid, 1991
- García de Enterría, E.: *La Batalla por las Medidas Cautelares*, Navarra, Cizur Menor, 2004.
- García de Enterría, E.: *La Constitución como norma jurídica*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1979.
- García de Enterría, E.: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, S.A., 2006.
- García de Enterría, E.: *La lengua de los derechos: la formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa*, Madrid, Thomson-Reuters Civitas, 2009.
- García de Enterría, E.: *La lucha contra las inmunidades del poder*, Navarra, Cizur Menor, 2016.

- García de Enterría, E.: *Revolución francesa y administración contemporánea*, Madrid, Civitas, 1994.
- García Goyena, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Madrid, Arienzo, 1853.
- García Luengo, J.: *El principio de protección de la confianza en el derecho administrativo*, Madrid, Civitas, 2002.
- García Pelayo, M.: *Auctoritas*, Caracas: Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, 1969.
- García Pérez M., *Arbitraje y Derecho Administrativo*, Navarra, Thomson-Reuters Civitas, Cizur Menor, 2010.
- García-Trevijano Fos, J.A.: *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, Editorial de Derecho Reunidas, 1979.
- Garrido Falla, F. (coord.): *Comentarios a la Constitución Española*, Madrid, Civitas Ediciones.
- Garrigues, J.: *Curso de Derecho Mercantil. Tomo I*. Madrid, Imprenta Aguirre.
- Gascón Inchausti, F.: *La adopción de medidas cautelares con carácter previo a la demanda*, Barcelona, Cedecs, 1999.
- Giles Unger, H., Marshall, J.: *The Chief Justice Who Saved The Nation. Philadelphia, Da Capo Press, Perseus Books Group*, 2014.
- Gómez Tomillo, M.: *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Thomson Reuters, 2015.
- Gómez-Ferrer Morant, R. (coord.): *Libro Homenaje al profesor José Luis Villar Palasí*, Madrid, Editorial Civitas, 1989.
- González Bueno, C.: *40 under 40 international arbitration*, Madrid, Dykinson, 2018.
- González Pérez, J.: *El principio general de la buena fe*, Civitas, Madrid, 1979.
- González Soria, J., *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*, Madrid, 2004.
- González-Varas Ibáñez, S.: *Tratado de Derecho Administrativo*, Navarra, Civitas. Thomson-Reuters, 2012.
- Guasp Delgado, J.: *El Arbitraje en el Derecho Español. Su nueva regulación conforme a la Ley 22 de diciembre de 1953*, Barcelona, Editorial Bosch, 1956.
- Guasp Delgado, J.: *La Pretensión Procesal*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 1985.
- Habermas, J.: *La inclusión del otro*, Barcelona, Editorial Paidós, 1999.
- Habermas, J.: *Política deliberativa: un concepto procedimental de democracia*, Madrid, Trotta, 1998.
- Halperin, J.L.: *L'histoire de la fabrication du code: Le code: Napoléon Dalloz*, 2003.
- Hierro Hernández-Mora, A. (coord.): *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje*, Navarra, Editorial Aranzadi, S.A.U., 2004.
- Hinojosa Segovia, R.: *El recurso de anulación contra los laudos arbitrales*, Madrid, Edersa, 1991.
- Homo, L.: *Nueva Historia de Roma*, Barcelona, Iberia.
- Huergo Lora, A.: *La resolución extrajudicial de conflictos en el Derecho Administrativo*, Zaragoza, Cometa, S.A., 2000.
- Iruretagoiena Agirrezabalaga, I.: *El Arbitraje en los litigios de Expropiación de inversiones extranjeras*, Madrid, Bosch, 2010.
- Jiménez de Cisneros, F.J.: *Los organismos autónomos en el derecho público español: tipología y régimen jurídico*, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 1987.

- Jiménez-Blanco, A. (coord.): *Comentarios a la Constitución*, Madrid, Ceura, S.A. 1993.
- Kaiser, A.: *La miseria del intervencionismo: 1929-2008*, Madrid, 1ed., Unión Editorial, 2013.
- Kant, I.: *Crítica del discernimiento*, Madrid, Antonio Machado, Mínimo Tránsito, 2003.
- Kantorowicz, E.H.: *Los dos cuerpos del Rey. Un estudio de teología política medieval*, Madrid, Akal, 2012.
- Kelsen, H.: «Derogation», en *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, Bob Merrill Co., New York, 1962.
- Keynes, J.M.: *Las consecuencias económicas de la paz*, Barcelona, Editorial Crítica, 1987.
- Kidane Won.: *The Culture of International Arbitration: Introduction. The Culture of International Arbitration*, Oxford University Press, 2017.
- Kunkel W.: *Historia del Derecho Romano*, Madrid, Editorial Ariel, 1972.
- Laferrière, E.: *Traité de juridiction administrative et des recours contentieux*, vol. I, reeditado por la Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1989.
- Lalaguna M. y Z. Sanz. CMS Albiñana & Suárez de Lezo.” Arbitraje y desahucio: una pareja generalmente más lenta e ineficaz que la de la Jurisdicción y el desahucio”. *Lexology*. 12 de julio de 2018.
- Le Goff, J.: *La civilización del Occidente Medieval*, Barcelona, Paidós Ibérica, 1999.
- Mapelli, E., *El arbitraje en el transporte terrestre*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1990.
- Mapelli, E., *Procedimiento ante las Juntas de Detasas o Tribunales de Comercio para los Transportes Terrestres*, Madrid, Ediciones Jura, 1952.
- Mapelli, E.: *Régimen Jurídico del Transporte*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1990.
- Martínez Vázquez de Castro, L., *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil*, Civitas Madrid 1991.
- Martínez-Conde Ibáñez, Á.: *La resolución de las controversias en los contratos de transporte terrestre. Las juntas de tasas y las juntas arbitrales del transporte. Análisis comparativo del procedimiento ante las mismas* (tesis doctoral), Universidad Complutense, 1995
- Martín-Retortillo Baquer, S.: *El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y de sus instituciones*, Madrid, Civitas, 1996
- Mateo Tejedor, M.: *La actividad arbitral de la Administración en el transporte terrestre*, Madrid, Marcial Pons, 1998.
- Merino Merchán, J.F., y Chillón Medina, J.C.: *Tratado de Derecho Arbitral*, Navarra, Thomson-Reuters Civitas, 2014.
- Merino Merchán, J.F.: *El equivalente jurisdiccional en el Derecho Público español*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- Mir Puigpelat, O.: *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho administrativo*, Navarra, Thomson-Civitas, 2004.
- Mommsen, T.: *Historia de Roma. IV Volúmenes*. Turner, RBA, 2005.
- Moncada López, A.: *El transporte por carretera en el Derecho español*, Ed. Santillana, 1962.
- Montero Aroca, J.: *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*, Madrid, Editorial Civitas, 1990.
- Montero Aroca, J.: *La nueva ley de enjuiciamiento civil española y la oralidad*, Valencia, 2000
- Montesquieu: *El espíritu de las leyes*, Madrid, 1820.
- Muñoz Machado, S.: *La reserva de jurisdicción*, Madrid, Wolters Kluwer, 1989.

- Nieto García A.: *El desgobierno judicial*, Madrid, Trotta, 2005.
- Nieto Garrido, E y Martín Delgado, I.: *Derecho Administrativo Europeo en el Tratado de Lisboa*, Madrid, Marcial Pons, 2010.
- Nye, J.S.: *Soft Power. Foreign Policy, Bound to Lead: The Changing Nature of American Power*, Nueva York, Basic Books, 1990.
- Olson, M.: *Poder y Prosperidad*, Madrid, Siglo XXI, 2001.
- Parsons, C. Morel de Westgaver (Bryan Cave Leighton Paisner LLP): *A New Arbitral Institution for the Art World: The Court of Arbitration for Art*.
- Pérez Serrano, N.: *Las ficciones en el derecho constitucional*, Madrid, 1948
- Pérez Tenessa, A.: *Compendio de la Doctrina del Consejo de Estado (En el XXV Aniversario de la Constitución)*, Madrid, Consejo de Estado, Boletín Oficial del Estado, 2003.
- Popper, K.: *La sociedad abierta y sus enemigos*, Ediciones Paidós Ibérica, 2006.
- Radbruch, G., Schmidt, E., Welzel, H.: *Derecho injusto y Derecho nulo*, Madrid, Editorial Aguilar, 1971.
- Rey Pérez, J.L., Mateo Sanz, L., (coords.): *El empleo de las personas con discapacidad: oportunidades y desafíos*, Madrid, 1ed. Dykinson, 2018.
- Rico Sarrio, J. y Ramírez López, J.A., Transportes. Juntas de Detasas o Tribunales de Comercio para las Reclamaciones del Transporte, Barcelona, Bosch, 1940.
- Rodríguez Estévez, J.M.: *Imputación de responsabilidad penal para la empresa*, Julio César Faira Editor, 2015.
- Rodríguez Guitián, A. M.: *El derecho al honor de las personas jurídicas*, Madrid, 1996.
- Rodríguez-Arana, J. y José Ignacio Hernández G. (coords.): *El derecho administrativo global y el arbitraje internacional de inversiones: una perspectiva iberoamericana en el marco del cincuenta aniversario del CIADI*, INAP, 2016.
- Rogers, H.W.: *The Treaty Making Power*, Yale Law School, 1893.
- Roldán Carrillo, E.: *Reclamaciones en los transportes por ferrocarril y carretera Procedimiento ante las Juntas de Detasas*, Madrid, 2 vols. Reus, 1944 y 1957.
- Rosa Moreno, J.: *El arbitraje Administrativo*, Madrid, McGraw – Hill, 1988.
- Rostovtzeff, M.: *Historia Social y Económica del Imperio Romano*, Vols. I y II, Madrid, Editorial Espasa Calpe, colección Austral, 1998.
- Salvador Martínez, M.: *Autoridades Administrativas Independientes. Un Análisis Comparado de los Estados Unidos, El Reino Unido, Alemania, Francia y España*, Barcelona, Ariel, 2002.
- Sánchez Gamborino, F.M.: *Doctrina jurisprudencial sobre el contato de transporte terrestre*, Ed. Aguilar, 1957.
- Sánchez Morón, M.: *El Derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*, Valladolid, Lex Nova, 2011.
- Santamaría Pastor, J.A. (Dir.): *Los principios jurídicos del derecho administrativo*, Madrid, Editorial La Ley, 2010.
- Santamaría Pastor, J.A.: *Sobre la génesis del Derecho administrativo español en el siglo XIX (1812-1845)*, Madrid, Iustel, 2006.
- Schonberg, S.: *Legitimate Expectations in Administrative Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2000.
- Schreuer, C.: *The ICSID Convention: A commentary*, Cambridge University Press, 2nd ed., 2013.

- Schubert, A.F.: *Introduction to Law and the Legal System*, Boston—USA, Ed. Houghton Mifflin, 2004.
- Sen, A.: *The Idea of Justice*, The Belknap Press of Harvard University Press. Cambridge Massachusetts. 2009
- Serrao F.: *La iurisdictio del pretore peregrino*, Milán, Università di Roma. Pubblicazioni dell'Istituto di diritto romano e dei diritti dell'Oriente Mediterraneo 1954.
- Sgard, J.: *The International Chamber of Commerce, Multilateralism and the Invention of International Commercial Arbitration*, París, SciencesPo, 2019.
- Silva, J.A.: *Estudios sobre Lex mercatoria. Una realidad internacional*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.
- Soriano García, J.E.: *Desregulación, Privatización y Derecho administrativo*, Studia Albornotiana, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1993.
- Soriano García, J.E.: *El Poder, la Administración y los Jueces*, Madrid, Iustel, 2012.
- Soriano García, J.E.: *Procedimiento administrativo europeo*, Navarra, Thomson-Reuters Civitas, 2012.
- Tamames, R.: *La lucha contra los monopolios*, Madrid, Rivadeneyra, 1961
- Tamames, R.: *Los monopolios en España*, Madrid, 1967.
- Ullmann, W.: *Historia del Pensamiento Político en la Edad Media* 4ª Edición. Ariel, Madrid.
- Verdera Tuells, E., Fernández Rozas, J.C, Beneyto, J.M., y Stampa, G.: *Jurisprudencia española de arbitraje. 60 años de aplicación del arbitraje en España*, Thomson, Reuters, Aranzadi Cizur Menor (Navarra), 2013
- Viehweg, T.: *Tópica y jurisprudencia*, Madrid, Editorial Civitas 2016.
- Vinogradoff, P.: *Common Sense in Law*, Oxford, 1914.
- Volpe, G.: *L'ingiustizia delle leggi: studi sui modelli di giustizia costituzionale*, Milán, Editorial Giuffrè .1977
- Von Mehren, A.T.: *Law in the United States. A general and comparative view*, 1ª ed., Kluwer, Boston. 1988.
- Wilson, C.: *Freedom at Risk: The Kidnapping of Free Blacks in America, 1780–1865*. Lexington: University Press of Kentucky, 1994.
- Zanobini G.: *Corso di Diritto Amministrativo*, Vol.III, Milán Giuffrè, 1958.
- Zanobini G.: *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, Milán, Giuffrè, 1920, ed. del 1935.

ARTÍCULOS Y CAPÍTULOS DE LIBROS

- Ahumada Ruiz, M.A.: “Responsabilidad patrimonial del Estado por las leyes inconstitucionales (o el derecho a no ser perjudicado por una ley inconstitucional)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 62, mayo-agosto 2001.
- Alonso Bedoya Arbitration, “Social Media and Networking Technologies: Latent Existing Conflicts”, *Kluwer Arbitration Blog*, 15 de junio de 2018.
- Alonso García, M.C.: “La necesaria reformulación de la teoría de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 2010, n° 12.

- Alonso García, R, Baño León, J.M.: El recurso de amparo frente a la negativa a plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 29, Mayo/Agosto 1990.
- Alonso Puig, J.M.: “Los Árbitros: Selección, Recusación y Reemplazo”. *Themis*, nº 53. 2007.
- Bacigalupo, S.: “Los derechos fundamentales de las personas jurídicas”, *Revista del Poder Judicial*, Nº 53, 1999.
- Barona Vilar, S.: “El recurso de anulación del laudo arbitral”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. V.
- Barona Vilar, S.: “Maximización de la eficiencia y búsqueda de la celeridad en el arbitraje: entre el mito, la sublimación y la cuarta revolución industrial (4.0.)”, *Arbitraje Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, Vol. XI, nº 1, 2018, pp. 17–53.
- Bernardo San José, A.: “Principales efectos del laudo arbitral: cosa juzgada y ejecutabilidad”, *Arbitraje Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, Vol. I, nº 1.2008.
- Bocanegra Sierra, R.E., y García Luengo, J.: “Los actos administrativos transnacionales”, *Revista de Administración Pública*, nº 177, 2008, pp. 2–9
- Braibant, G.: “La jurisdicción administrativa en derecho comparado”, *La Revue Administrative*, Deuxième centenaire du Conseil d’État, vol. II, 2001.
- Brewer-Carías, A.R.: “El procedimiento administrativo global para la protección de las personas ante la Interpol, frente a los Estados”, *Estudios de derecho administrativo*, nº 11, 2015, pp. 43–136.
- Cabarrús, F.: “Discurso sobre la libertad de Comercio concedida por S.M. a la América Meridional”, 1778.
- Calvo Caravaca, A.L. y Gutiérrez Espada C.: “El caso Gutiérrez Menoyo: Cuestiones jurídicas”, *Diario La Ley*, p. 978, tomo 3, 1984, [LA LEY 20109/2001].
- Campo Candelas, J.: “El principio de colegialidad en el arbitraje: anulación, reconocimiento y responsabilidad”. *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 3/2018 parte Estudios. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2018
- Campo Candelas, J.: “La retroacción de las actuaciones como efecto asociado a la anulación del laudo: ¿resulta admisible el reenvío arbitral en España? *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 10/2015
- Campoy, J.A., “Regulación de las Juntas Arbitrales del Transporte y enmiendas de la CETM”. *Revista Todotransporte*, nº 56. Mayo de 1989.
- Canals Ametller, D.: “Los recursos administrativos en francia: de lo contencioso a lo gubernativo”, *XI Congreso de la asociación española de profesores de derecho administrativo. Las vías administrativas de recurso a debate*, Modelos comparados. Universidad de Zaragoza, 5-6 de febrero de 2016.
- Cano Campos, T.: “Leyes viejas y reforma de la Constitución: inconstitucionalidad sobrevenida, derogación y modelo de control”. *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Carrera Hernández, F.J.: “La inmunidad de ejecución de los Estados en la práctica jurisprudencial española”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. XXIII, 2007.
- Casasnovas Ysla A.: “Legal Compliance. Principios de Cumplimiento generalmente aceptados”, *Economist & Jurist*, 2012.
- Cassagne, C.: “Sobre los contratos de asociación público–privada (PPP) en Argentina”, *Estudios de Derecho administrativo*, nº. 6, 2012.
- Castillo Blanco, F.: *La protección de la confianza legítima en el Derecho administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 1998.

- Castillo Meneses, I.: “Búsqueda de reformas para el arbitraje inversionista – Estado”, *CIAR Global*, 31 de agosto de 2018.
- Cazorla Prieto, L.M.: “El Arbitraje Deportivo”, *Revista jurídica de Castilla y León*, nº 29, 2013.
- Checa González, C.: “La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública con fundamento en la declaración de inconstitucionalidad de una ley”, *Ius et Praxis*, Vol. 10, n.º 1, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Talca–Chile, 2004.
- Chillón Medina, y J. F Merino Merchán: “Valoración crítica de la nueva Ley de Arbitraje”, *La Ley*, núm. 5945, 2 febrero 2004.
- Cienfuegos Mateo, M.: “¿Pueden las jurisdicciones internacionales plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia? De nuevo sobre la noción comunitaria de jurisdicción de un Estado Miembro”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 41, 2012.
- Concepción, C. F.: “Combating Corruption and Fraud from an International Arbitration Perspective”, *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. IX, nº 2, 2016, pp. 369–396.
- Constant, B.: “Discurso sobre la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos Discurso Pronunciado en el Ateneo de París (1819)”, *Revista de Estudios Públicos*, Nº 59, invierno de 1995.
- Conthe, M., y Delgado, A.: “Could awards on remand tackle the inefficiencies of ICSID annulments?”, *Latin American Journal of International Trade Law*, Vol. 1, Issue 2, 2013.
- Cordón Moreno, F.: “Arbitraje y jurisdicción: algunas cuestiones polémicas”, *Cuadernos Civitas*, 2010.
- Corral, H.: “Qui tacet consentire videtur. La importancia de una antigua regla canónica en el juicio contra Tomás Moro”, *Ius Canonicum*, Vol. 51, 2011.
- Cremades, B.M., y Cairns, D.J.: “Orden público transnacional en el arbitraje internacional (cohecho, blanqueo de capitales y fraude contable)”, *Diario La Ley*, nº 5798, nº junio 2003.
- Cremades, B.M.: “El Arbitraje en la Doctrina Constitucional Española”, *Lima Arbitration*, nº 1, 2006.
- Cremades, B.M.: “El Arbitraje Internacional en la Encrucijada de la Crítica” *Discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Madrid, 2018.
- Cremades, B.M.: “La buena fe en el arbitraje internacional”, *Arbitraje Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, Vol. V, nº 1.
- Cremades, B.M.: “La participación de los Estados en el arbitraje internacional”, *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. III, nº 3.
- Cremades, B.M.: “Los Estados y las Empresas Públicas en su condición de socios en el Comercio Internacional”, *Diario La Ley*, 1.985.
- Cross C. y Kube V.: “Is the arbitration clause of the Energy Charter Treaty compatible with EU law in its application between EU Member States?”, *The Munich Environmental Institute*, Febrero 2018.
- Cruz Villalón, P.: “Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros, las personas jurídicas”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 35, Mayo/Agosto 1992.
- Dawson, J.P.: “The Oracles of the Law”, *The Legal Classics Library*, William s Hein & Co. Gryphon Editions, 1994
- de Castro y Bravo, F.: “El Arbitraje y la Nueva “Lex Mercatoria””, *Anuario de Derecho Civil*, Fascículo IV, 1979.
- de los Santos Lago, C.: “La ejecución y el reconocimiento de los laudos dictados en arbitrajes comerciales y en arbitrajes de inversiones”, *Arbitraje Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. V, nº 2, 2012 pp. 437–442.
- Díez-Hochleitner, J.: “El incierto futuro de los Acuerdos Bilaterales sobre Protección de Inversiones celebrados por los estados miembros de la Unión Europea”, *Spain Arbitration Review*, nº 8, 2010.

- Díez-Hochleitner, J.: “La eficacia de los tratados de protección de inversiones extranjeras”, *Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos, jornadas sobre “La Seguridad Jurídica y las Inversiones Extranjeras en América Latina*, de 11 y 12 de diciembre de 2003.
- Díez-Hochleitner, J.: “Las inversiones a través de sociedades locales en los APPRI celebrados por España con países de Latinoamérica”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 8, 2003.
- Díez-Picazo y Ponce de León, L.: “El Pacto Compromisorio y la nueva ley de arbitraje”, *Anuario de Derecho Civil*, Fascículo 4, 1954.
- Dorrego de Carlos, A.: “El Arbitraje en los Contratos Públicos”, *Revista Jurídica de Castilla – León*, 2013.
- Douglas, M.: “The Importance of Transparency for Legitimising Investor-State Dispute Settlement: An Australian Perspective” *New Zealand Association of Comparative Law*, Hors Serie Volume XIX Part I: Investor-State Dispute Settlement and UNCITRAL Texts on Transparency, 2015.
- Dragiev, D.: “A Procedural Perspective of Achmea: What Does Achmea Imply in Practice”, *Kluwer Arbitration Blog*, 10 junio 2018.
- Escartín Escudé, V.: “El Arbitraje y otros medios alternativos de resolución de conflictos en el Derecho Administrativo”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nos. 39-40, Zaragoza, 2012, pp. 101–163.
- Esplugues Barona, C.: “Arbitraje como cauce de resolución de los conflictos administrativos: ¿evolución o revolución?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 11, Nº 2, 2019, pp. 85-99.
- Esplugues Barona, C.: “Mediación y Arbitraje en Derecho Administrativo Español”, *Revista Boliviana de Derecho*, nº 27, enero 2019.
- Fach Gomez, K.: “Construyendo un nuevo derecho internacional de las inversiones: las propuestas del instituto internacional para el desarrollo sostenible”, *Revista Electrónica De Estudios Internacionales*, Nº. 18, 2009.
- Fallon (Jr.). R. H.: “The Federal Courts and the Federal System”, *University Casebook Series*, 2018.
- Fernández de Buján, A.: “Bases romanísticas del arbitraje actual. Análisis de las concordancias entre el derecho justinianeo y la legislación vigente en materia de arbitraje”, *Revista General de Derecho Romano*, Nº. 27, 2016.
- Fernández de Buján, A.: “El arbitraje en Atenas”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Nº. 46, 2014.
- Fernández Farreres G., “Sobre la eficiencia de la jurisdicción contencioso-administrativa y el nuevo recurso de casación "para la formación de la jurisprudencia". *Revista española de derecho administrativo* Nº 174, 2015.
- Fernández Pérez, A.: “Los contenciosos arbitrales contra España al amparo del Tratado sobre la Carta de la Energía y la necesaria defensa del Estado”, *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. VII, nº 2, 2014.
- Fernández Rozas, J.C.: “América Latina y el arbitraje de inversiones: ¿matrimonio de amor o de conveniencia?”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XXIV, 2009.
- Fernández Rozas, J.C.: “Arbitraje y Justicia Cautelar. Arbitration and Interim Justice”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XXII, 2007.
- Fernández Rozas, J.C.: “Conjeturas en torno a la nueva política global europea en materia de inversión internacional tras el Reglamento nº 912/2014”, *La Ley Unión Europea*, 2014.
- Fernández Rozas, J.C.: “Contenido ético del deber de revelación del árbitro y consecuencias de su transgresión”, *Arbitraje Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, Vol VI, nº 3.

- Fernández Rozas, J.C.: “Contravención al orden público como motivo de anulación del laudo arbitral en la reciente jurisprudencia española”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, Vol. VII, nº 3
- Fernández Rozas, J.C.: “El lento camino hacia la europeización del Derecho de los Contratos” *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 45-46, 2009.
- Fernández Rozas, J.C.: “Internacionalismo versus mercatorismo en la especialización del arbitraje internacional”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje comercial y de inversiones*, Vol. V, 2012.
- Fernández Rozas, J.C.: “Permanencia y expansión del bilateralismo: Los acuerdos comerciales de nueva generación entre la Unión Europea y terceros países”, *La Ley Unión Europea*, número 68, 2019.
- Fernández Rozas, J.C.: “Trayectoria y contornos del mito de la confidencialidad en el arbitraje comercial”, *Arbitraje: revista de arbitraje comercial y de inversiones*, Vol. 2, Nº. 2, 2009, pp. 335–378.
- Fernández Rozas, J.C.: “Un nuevo mundo jurídico: La Lex Mercatoria en América Latina”, *Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México*.
- Fernandez–Armesto, J.: “El arbitraje societario tras la última reforma”, conferencia impartida en la Academia Matritense del Notariado, en *Anales*, Tomo LII.
- Fernandez–Armesto, J.: “The Time has come: a plea for abandoning secrecy in arbitration: CAPJA2012–3–002”, *Cahiers de l’Arb*, nº 3, 2012.
- Foussard, D. : “Les dispositions sur l’arbitrage de l’article L 311-6 du Code de justice administrative”, *Rev. arb.*, 2000, pp. 537.
- Gallego Anabitarte, A.: “Los cuadros del Museo del Prado (I) Reflexiones histórico y dogmático-jurídicas con ocasión del artículo 132 (y 133.1) de la Constitución española de 1978”, *Administración y Constitución: Estudios en homenaje al profesor Mesa Moles*, Presidencia del Gobierno, 1982.
- Gamboa Morales, N.: “La inmunidad soberana de jurisdicción en el marco del arbitraje comercial internacional”, *Evolución y actualidad*, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2007.
- Garberí Llobregat, J.: “El recurso de anulación en la Ley de Arbitraje: consecuencias prácticas de la interpretación restrictiva de sus normas reguladoras”, *Aranzadi Civil* núm. 3, 1997.
- García de Enterría Martínez-Carande, E.: “El principio de la interpretación más favorable al derecho de los administrados al enjuiciamiento judicial de los actos administrativos”, *Revista de Administración Pública*, nº 42, 1963, pp. 267–294.
- García de Enterría Martínez-Carande, E.: “La formación y el desarrollo en Europa de la jurisdicción contencioso-administrativa: su adquisición definitiva de un status de jurisdicción plena y efectiva”, *Revista de Administración Pública*, Nº 179, 2009, pp. 167–183.
- García de Enterría Martínez-Carande, E.: “La jurisdicción contencioso-administrativa hoy”, *Documentación administrativa*, nº 220, 1989.
- García de Enterría Martínez-Carande, E.: “Observaciones sobre la tutela cautelar en la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998. ¿Tienen efectiva potestad de acordar tutela cautelar las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia y de Audiencia Nacional?”, *Revista de Administración Pública*, Nº 151, 2000.
- García de Enterría Martínez-Carande, E.: “Sobre la responsabilidad patrimonial del Estado como autor de una Ley declarada inconstitucional”, *Anales de la Real Academia de jurisprudencia y legislación*, Nº. 36, 2006.
- García de Enterría Martínez-Carande, E.: “Verso un concetto di Diritto Amministrativo come Diritto statutario”, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*. Nº 2, 1960.
- García Garrido, M.: “Sobre los verdaderos límites de la ficción en derecho romano”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, tomo XXVII-XXVIII, Madrid, 1957-1958.

- García Ortells, F.: “La aceptación del arbitraje en el ámbito del Derecho Público”, *Spain Arbitration Review*, nº 16, 2013.
- García Pérez, M.: “El arbitraje y la constitución española de 1978. Una reflexión desde el derecho público”, *Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada: Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal (I Internacional)*, La Coruña, 2 y 3 de junio de 2011.
- García Torres, J.: “El silencio constitucional sobre el arbitraje y algunas de sus implicaciones con relación a los principios de unidad y exclusividad jurisdiccionales”, *Veinticinco años de arbitraje en España. Libro conmemorativo de la Corte civil y mercantil*, Madrid, 2015, pp. 55
- García-Trevijano Fos, J.A.: “Contratos y actos ante el Tribunal Supremo la explotación del "Hotel Andalucía Palace", de Sevilla”. *Revista de administración pública*, Nº 28, 1959.
- Gascón Inchausti, F.: “La notificación del laudo arbitral como requisito para su ejecución forzosa”, *Arbitraje Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. I, nº 1, 2008.
- Geldolf W. y Verburg: “The Court of Justice of the European Union Rules that Intra-EU Investment Arbitration is Incompatible with EU Law: Reflections and Consequences for the Energy Charter Treaty”.
- Gil-Robles y Gil-Delgado, J.M.: “Las Juntas Arbitrales de Arrendamientos Rústicos, un organismo de nueva creación”, *Revista de Estudios Agrosociales*, nº. 117, 1981.
- Gimeno Feliú, J.M.: “La nueva Ley de Contratos del Sector Público: hacia un modelo de contratación pública transparente”, *Contratación administrativa práctica. Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, nº 153, 2018, pp. 3–34.
- Gimeno Feliú, J.M.: “La transposición de las directivas de contratación pública en España: una primera valoración de sus principales novedades”, *DA, Nueva Época*, nº 4, 2017, pp. 7-30.
- Goldman, D.: “At \$400 billion, Apple is worth more than Greece”, *Noticia de la CNN* publicada el 19 de enero de 2012.
- Gómara Hernández, J.L.: “El derecho a regular de los Estados. Una aproximación al CETA”, *Anuario de arbitraje*, 2017.
- Gómez Iglesias, L.: “La anulación de los laudos por insuficiencia de motivación (arbitrariedad)”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 43, 2016 pp. 85-89.
- Gómez Jené, M.: “Inmunidad y Transacciones Mercantiles internacionales”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 3, Nº 1, 2011.
- Gómez Montoro, Á.J.: “La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas: un intento de fundamentación”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 65, Mayo/Agosto 2002, pp. 208-209.
- Gómez-Reino y Carnota, E.: “El arbitraje administrativo en el Derecho de la Competencia”, *Revista de Administración Pública*, núm. 162, septiembre-diciembre 2003.
- González Campos J.D., y Fernández Rozas, J. C.: “Orden público como correctivo funcional: art. 12, apartado 3 del código civil”, en M. Albaladejo y S. Díaz Alabart (Coords.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, 1ed., Edersa, Jaén, 1995, pp. 826–894.
- González de Cossío, F.: “Arbitraje y contratación gubernamental”, *Spain Arbitration Review*, nº 15, 2012.
- González de Olano G. y Navarro Manich, J.A.: “Comentarios a la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación contratos de concesión”, *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, nº. 37, 2014, pp. 44-57
- González Menudo, F.: “Arbitraje y Derecho público”, *Justicia Administrativa*, núm. 2, enero 1999.

- González Pérez, J.: “Evolución de la legislación contencioso-administrativa”, *Revista de Administración Pública*, Núm. 150, Septiembre-diciembre 1999.
- González Pérez, J.: “La transacción en el proyecto de ley de la jurisdicción contencioso-administrativa”, *Revista de Administración Pública*, Núm. 145. Enero-abril 1998.
- González-Deleito y Domingo, N.: “Aspectos jurídico-procesales de las Juntas de Detasas”, *Revista Derecho y Economía del Transporte*, nº 45 1980
- González-Varas Ibáñez, S.: “Arbitrajes internacionales con marcado componente jurídico-administrativo, el ejemplo de la energía (energía renovable, instalaciones fotovoltaicas)”, *Diario La Ley* [LA LEY 4893/2014].
- González-Varas Ibáñez, S.: “La irrupción de las negociaciones y el Derecho administrativo: transacciones, convenios y arbitraje”, *Revista de Estudios de la Vida Local y Autonómica*, núm. 286–287, 2001.
- González-Varas Ibáñez, S.: “Una concepción sustancialista del contrato público”, *Cuadernos de derecho local*, Número 45, 2017.
- Granado Hijelmo, I.: “El arbitraje en Derecho Administrativo: algunas reflexiones sobre su fundamentación”, *Revista Jurídica de Navarra*, nº 39, enero-junio.
- Greenaway, J.: “Expectativas Legítimas – ¿dónde cabe este concepto en el derecho de las obligaciones bajo los tratados internacionales de inversión?”, *Servilex*, versión en línea.
- Guedeá Martín, M.: “Los arbitrajes especiales en nuestro ordenamiento jurídico. Estudio específico de la Ley de Ordenación de los transportes terrestres”, *Estudios sobre el Ordenamiento Jurídico del Transporte*, Zaragoza, Diputación General de Aragón,
- Habermas J.: “La idea kantiana de paz perpetua desde la distancia histórica de doscientos años”, *Johann Wolfgang Goethe-Universität, Frankfurt*.
- Halpern, M.: “Corruption as a complete defense in investment arbitration or part of a balance?” *Willamette Journal of International Law and Dispute Resolution*, Vol. 23, No. 2, 2016
- Held, V.: *The public interest and individual interests* (Basic Books 1970).
- Herías Fernández, B.M.: “Consideraciones acerca de la inmunidad de jurisdicción y de ejecución a propósito del execuátur de dos laudos arbitrales internacionales en España”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. X, nº 1, 2017, pp. 191–202.
- Hinojosa Segovia, R.: “La notificación y las actuaciones complementarias del laudo”, *Arbitraje Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. X, nº 1, 2017.
- Iruetagoiena Agirrezabalaga, Í.: “Atenuación de los rasgos de confidencialidad y privacidad del arbitraje de inversión”, *Arbitraje Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, Vol. I, nº 1, 2008.
- Iruetagoiena Agirrezabalaga, Í.: “Competencia de la Unión Europea en materia de inversiones extranjeras y sus implicaciones en el arbitraje inversor-Estado”. *Arbitraje Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. IV, nº 1.
- Iruetagoiena Agirrezabalaga, Í.: “La Sentencia del TJUE en el asunto Achmea: el adiós al arbitraje de inversiones de los APPRI intra-UE en la Unión Europea (y algo más)”, *Diario La Ley* 29 de junio de 2018 (LA LEY Unión Europea nº 60, junio 2018).
- Izquierdo Sans, C.: “La intervención parlamentaria en la celebración de tratados internacionales en España”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2002
- Jiménez Blanco, G.: “Confidencialidad en el arbitraje”, *Arbitraje: revista de arbitraje comercial y de inversiones*, Vol. VIII, Nº 3.
- Jiménez Blanco, G.: “el orden público como excepción al reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros”, *Spain Arbitration Review*, nº 8, 2010.

- Júdice, J.M.: "Some Notes About Third-Party Funding: a Work in Progress (Algunas notas sobre el financiamiento de terceros: un trabajo en progreso)". *Arbitraje, Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. XI, nº 1, 2018.
- Kapoor V.M.: "Slovak Republic v. Achmea: When Politics Came Out to Play", 1 de julio de 2018, *Kluwer Arbitration Blog*.
- Kundmüller Caminiti, F.: "El caso Siag: Nacionalidad de las personas naturales y Jurisdicción del CIADI", *Revista del Círculo Peruano de Arbitraje*, nº 2, 2007.
- Laazouzi, M.: "L'impérativité, l'arbitrage international des contrats administratifs et le conflit de lois", *Revue critique de droit international privé*, Vol. 99, nº. 4, 2010.
- Labetoulle, D.: "L'arbitrage en droit public", *L'Actualité juridique: droit administratif*, 20 de enero de 1997.
- Lamela Fernández, M.: "Perspectivas del arbitraje de inversiones en la Unión Europea", en J.C. Fernández Rozas y F. Ruiz Risueño, *El arbitraje y la buena administración de la justicia. Libro conmemorativo del 30 Aniversario de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.
- León Caverio, R.A.: "Principio de Confianza Legítima. Sus orígenes y recepción por la Jurisprudencia comunitaria y española", *El Derecho*, 2011.
- Linares Rodríguez, E.: "La inmunidad estatal como obstáculo a la ejecución de los laudos en materia de inversión", *Arbitraje Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. VIII nº 1 2015.
- Linares Rodríguez, E.: "Primera ejecución en España de un laudo OHADA ¿Por qué tiene un juez español que forzar su cumplimiento?", *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. X, nº 1, 2017.
- Linares Rodríguez, E.: "Anulación del laudo Yukos c. Rusia en La Haya: importante obstáculo para su ejecución: Sentencia de la Corte de Distrito de La Haya, de 20 abril 2016", *Arbitraje Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. IX nº 2.
- López Rodó, L.: "Personalidad jurídica del Estado en el Derecho español", *Revista de Derecho Político de la UNED*, Tomo 11, 1981.
- Lorca Navarrete, A.M.: "Acerca de la justificación del arbitraje", *Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada*, Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal (I Internacional), 2011.
- Lorca Navarrete, A.M.: "La garantía del convenio arbitral. Origen negocial del convenio arbitral. Clases y efectos. El origen de la institucionalización del arbitraje mediante el convenio arbitral: la creación de Tribunales y Cortes arbitrales", *Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID)*, Edición Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2010.
- Lozano Cutanda, B.: "El nuevo 'arbitraje' entre la Administración y sus entes instrumentales", *Diario La Ley*, nº 7715-7716, 2011.
- Luna Serrano, A.: "Las ficciones del derecho en el discurso de los juristas y en el sistema del ordenamiento", *Discurs D'Ingrés de L'acadèmic de Número IL·LM. SR. DR. Agustín Luna Serrano i Contestació de l'acadèmic de número IL·LM. SR. DR. Ramon Badenes Gasset*. 27 de gener de 2004
- Mantilla-Serrano, F.: "Algunos apuntes sobre la ejecución de los laudos anulados y la Convención de Nueva York", *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, nº 2, julio-diciembre, 2009.
- Mantilla-Serrano, F.: "La Ley Española de Arbitraje de 2003", *El futuro del arbitraje comercial en España*, *Fundació Carles Pi i Sunyer d'Estudis Autònoms i Locals Barcelona*, octubre 2004.
- Mapelli, E.: "Las Juntas Arbitrales del Transporte Terrestre", *Transporte 3*, nº 130, noviembre, 1989.
- Marín López, A.: "La doble nacionalidad en los Tratados suscritos por España con las Repúblicas Americanas", *Anuario de Derecho Internacional*, Vol. VI, 1982.

- Marín Riaño, F.: “La recepción del principio de protección de la confianza legítima en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Comentario a la STS (Sala 3ª, Secc. 3ª) de 28 febrero de 1989”, *La Ley* [LA LEY 15549/2001].
- Martínez-Fraga, P.J.: “Apuntes sobre la necesidad de armonizar el principio de protección de la inversión extranjera con el concepto de soberanía regulatoria del Estado en el arbitraje internacional: una oportunidad para forjar jurisprudencia transnacional”, *Arbitraje Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. IV, nº 2, 2011.
- Martínez-Gijón Machuca, P.: “La Doctrina del Tribunal Constitucional en materia de arbitraje”, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 31, 2013.
- Martín-Retortillo Baquer, S.: “Estudios sobre la Constitución española: homenaje al profesor Eduardo García de Enterría”, Vol. 2, 1991.
- Masucci, A.: “El procedimiento de mediación como medio alternativo de resolución de litigios en el Derecho administrativo. Esbozo de las experiencias francesa, alemana e inglesa”, *Revista de Administración Pública*, núm. 178, 2009.
- Medina-Casas, H.M., “Las partes en el arbitraje CIADI”, *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*.
- Menéndez Menéndez, A.: “La calidad de las leyes y la reforma de la Comisión General de Codificación”, *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación* n. 28, 1998.
- Mengozi, P., “La jurisprudencia comunitaria relativa a la protección de la confianza legítima ¿de un case by case balance of interests a un two step analysis approach?”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 3, 2001.
- Merchán Á.: “La alcaldía de avenencia como forma de justicia municipal en el Derecho de León y Castilla”, *La ciudad hispánica durante los siglos XIII al XVI* Madrid, 1985, vol. I.
- Merino Merchán, J.F.: “Comentarios a la Ley 11/2011 de 20 de mayo de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje”, *Noticias Jurídicas*, Julio, 2011.
- Merino Merchán, J.F.: “Configuración del arbitraje intrasocietario en la Ley 11/2011”, conferencia impartida en la Academia Matritense del Notariado, en *Anales, Tomo LIII*.
- Merino Merchán, J.F.: “La Constitución de 1812 y el Arbitraje”, *Spain Arbitration Review*, núm. 14, 2012.
- Merino Merchán, J.F.: “La lucha contra las prerrogativas estatales en el arbitraje comercial internacional”, *Ceu Ediciones*, nº 3, 2008.
- Mistelis L., Brekoulakis S.: *Arbitrability: International and Comparative Perspectives*, Kluwer, 2009.
- Montesinos García, A.: “El protagonismo de la Comisión de la Propiedad Intelectual, a la luz de la reforma del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual” *InDret*, volumen 4, octubre 2014.
- Montoya Martín, E.: “Reflexiones sobre los medios alternativos de Resolución de conflictos en la Administración”, *Alternativas no jurisdiccionales en la resolución de pretensiones de Derecho público* (VI Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía), Civitas-IAAP, Sevilla, 2003.
- Moreno Rodríguez, J.A.: “La Equidad Derecho aplicable y arbitraje internacional”, *BIB 2014\4102* Editorial Aranzadi, S.A.U., Enero de 2014.
- Motulsky, H.: “L’arbitrage commercial et les personnes morales de droit public”, *Rev. arb.*, 1955, pp. 38-47.
- Muñoz Machado, S.: *La Reserva de la Jurisdicción*, *La Ley*, Madrid, 1999.

- Nieto, A.: “La vocación del Derecho administrativo en nuestro tiempo”, *Revista de Administración Pública*, N° 76, 1975.
- Nieto, A.: “Sobre la tesis de Parada en relación con los orígenes de lo contencioso-administrativo”, *Revista de Administración Pública*, Número 57.
- Novak Talavera, F.: “Caso Barcelona Traction Light and Power Company Limited. España vs Bélgica”, *Revista Instituto de Estudios Internacionales*, Vol. 4, n° 8, 1997, p.86
- Olivencia Ruiz, M.: “El arbitraje estatutario”, *Cuatrecasas*.
- Olivencia Ruiz, M.: “El arbitraje internacional en España tras la Ley 60/2003”, *Arbitraje Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. IV, n° 1, 2011.
- Olivencia Ruiz, M.: “El laudo: naturaleza, clases y contenido”, *Arbitraje Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. II, n° 3, 2009.
- Ortiz Laverde, S.M.: “Apuntes sobre la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de España”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n°. 14, 2015 (Ejemplar dedicado a: Julio-Diciembre)
- Osorio L, y Jiménez Blanco, G., “Los llamados árbitros de parte”, *Revista del Club Español de Arbitraje*, núm. 18/2013. Madrid, 2013.
- Palma Fernández, J.L., “El contrato de transacción y las Administraciones Públicas. La doctrina del Consejo de Estado”, *Revista de Administración Pública*. Número 169, Enero/Abril 2006
- Parada, R.: “Réplica a Nieto sobre el privilegio de decisión ejecutoria y el sistema contencioso-administrativo”, *Revista de Administración Pública*. N° 59, 1969.
- Parejo Alfonso, L.: “Algunas reflexiones sobre el «arbitraje administrativo», a propósito de la adecuación al nuevo procedimiento administrativo común del ordenamiento de la Comunidad de Madrid”, *Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 1999.
- Parra Rivera, R.M.: “Evolución histórica de la lex mercatoria”, *Revista de Investigación de la Fac. de Ciencias Administrativas*, UNMSM, Vol. 13, N° 25, Lima, julio 2010.
- Paschalidis, P.: “Arbitral tribunals and preliminary references to the EU Court of Justice”, *Arbitration International*, Vol. 33, Issue 4, 2017, pp 663–685.
- Patel A.: “Implicit Bias in Arbitrator Appointments: A Report from the 15th Annual ITA-ASIL Conference on Diversity and Inclusion in International Arbitration”, *Comment ITA Kluwer Arbitration*, Blog 7 de mayo de 2018.
- Paulsson J.: “Cultural Differences in Advocacy in International Arbitration”, *The Art of Advocacy in International Arbitration*.
- Paulsson P.: “Revisiting the Idea of ISDS within the EU and Arbitration Court: The Effect on Party Autonomy as the Main Pillar of Arbitration and the Enforceability of Arbitral Awards.”, *Kluwer Arbitration Blog* 21 de mayo de 2018.
- Pérez Conesa, C.: “Reforma de la Ley de Arbitraje introducida por la Ley 11/2011, de 20 de mayo”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 5/2011 parte Comentario, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2011.
- Pérez Moreno: “El arbitraje administrativo”, *Administración de Andalucía. Revista Andaluza de Administración Pública*, n° 43, 2001.
- Pereznieto Castro, L.: “Arbitraje, buena fe, corrupción y orden público, en su dimensión internacional”, *Arbitraje Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. X, n° 2, 2017
- Pizarro Moreno, E.: “Abstención y la recusación como mecanismos de evaluación de la imparcialidad en el arbitraje”, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 23/2009, 2009.

- Ponce Solé: “Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido: las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad administrativa”, *Lex Nova*, Valladolid, 2001.
- Rakoff, Todd D.: “Contracts of Adhesion: An Essay in Reconstruction”, *Harvard Law Review*, vol. 96, no. 6, 1983.
- Ramos y Loscertales, J.M.: “La “devotio” ibérica. Los soldurios.”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, Tomo I, Madrid, 1924
- Rao G.: “Diversity and Intergenerationality – Report on the Seminar “OGEMID and TDM past, present and future: a celebration”, *Kluwer Arbitration Blog* 20 de mayo de 2018.
- Razquin Lizarraga, J.A.: “La Directiva 2014/23/UE relativa a la adjudicación de contratos de concesión”, *Revista Jurídica de Navarra*, nº 58, 2014, pp. 95-158.
- Rebollo Puig, M.: “Nemo auditur propriam turpitudinem allegans en la jurisprudencia contencioso-administrativa”, *Revista de Documentación Administrativa*, Números 263-264.
- Remón Peñalver, J.: “sobre la anulación del laudo: el marco general y algunos problemas”, *InDret*, nº 3/2007.
- Rentería Díaz, A.: “Resurgimiento de la *Lex Mercatoria*: la regulación de las relaciones comerciales internacionales”, *Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, Ciudad Universitaria, México, D.F.
- Rivera, J.C.: “Arbitraje y Poder Judicial. Los prejuicios de los jueces respecto del arbitraje.”, 2005.
- Rivera, J.C.: “el orden público en el arbitraje”, *Revista latinoamericana de Derecho*, nº 9/10, 2008.
- Rivero Ortega, R.: “Repensando el Estado de Derecho. El arbitraje administrativo como alternativa al colapso de la jurisdicción”, *El Derecho administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D Ramón Martín Mateo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2000.
- Rivero, J.: “Droit administratif français et droits administratifs étrangers”, *Librairie général de droit et de jurisprudence*, París, 1980.
- Robinson, M., y Moi, S.: “English High Court issues anti-suit injunction in respect of Lebanese arbitration: what are “exceptional circumstances?””, *Mayer Brown Newsletter*, 25 Junio 2018.
- Rodríguez Bajón: “El concepto de riesgo regulatorio. Su origen jurisprudencial. Contenido, efectos y límites.”, *Revista de Administración Pública*, núm. 188, Madrid, mayo-agosto, 2012.
- Royo Pérez V.: “El arbitraje en la documentación medieval valenciana. La caracterización de la institución arbitral en la práctica documental de las comarcas de Els Ports y El Maestrat entre 1232 y 1412”, *Anuario de historia del derecho español*, Nº 86, 2016.
- Rueda García, J.A.: “Primera ejecución forzosa conocida de un laudo arbitral CIADI en España (Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. República de Chile): sin exequátur”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol VI, nº 1, 2014.
- Ruiz Colome, M.A.: “La inmunidad de ejecución de los estados extranjeros ante los tribunales españoles en la reciente jurisprudencia constitucional”. *Derecho Privado y Constitución*, Núm. 2, Enero-Abril 1994, pp 369–389.
- Ruiz Risueño, F.: “Árbitros e instituciones arbitrales: la ética como exigencia irrenunciable de la actuación arbitral”, *Arbitraje Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. VII, Nº3, 2014.
- Russel F., Walton A., Vitoria QC, Mary.: *Russell on Arbitration* 20th Revised edition, 1982.
- Sáenz de Santa María P.A.: “Discrecionalidad en el ejercicio de la protección diplomática y responsabilidad del Estado en el orden interno”, *Anuario español de derecho internacional*, Nº 3, 1976.
- Sala Arquer, J.M.: “El Estado neutral. Contribución al estudio de las administraciones independientes”, *Revista de Derecho administrativo*, nº 42, 1984.

- Sala Sánchez, P.: “El principio de mínima intervención judicial en el arbitraje y sus principales manifestaciones”, *Arbitraje Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. IX, nº 2, 2016.
- Salcedo Castro, M.: “Estado actual del arbitraje en Derecho público francés”, *Revista de Jurisprudencia Administrativa (Universidad Externado de Colombia)*, nº 3, 2002, pp. 7-18
- Sánchez de la Torre, Á.: “El origen del arbitraje, una hipótesis”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Madrid, 1987-1988.
- Sánchez Rodríguez, L.I.: “Inmunidad de jurisdicción civil de los agentes diplomáticos en España versus tutela judicial efectiva. A propósito de una Sentencia de nuestro Tribunal Constitucional”, *Derecho Privado y Constitución*, Núm. 9. Mayo-Agosto 1996.
- Sánchez-Calero, J.: “La abstención y recusación del árbitro”. *Arbitraje Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. V, nº 2, 2012.
- Santamaría Pastor, J.A.: “La personalidad jurídica de las Cortes Generales”, *Revista de Derecho Político de la UNED*, 1981, pp. 7
- Santamaría Pastor, J.A.: “Sobre la personalidad jurídica del Estado”, *Revista de Derecho Político de la UNED*, Tomo 6, 1980.
- Santamaría Pastor, J.A.: “Veinticinco años de aplicación de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa: balance y perspectivas”, *Revista de Administración Pública*, nº 95, 1981.
- Sanz Bayón, P.: “Sobre la tónica jurídica en “About Viehweg’s topics and law” Revista Telemática de Filosofía del Derecho, nº 16, 2013.
- Sarmiento Ramírez-Escudero, D.: “El principio de confianza legítima en el Derecho inglés: la evolución que continúa”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 114, 2002.
- Schreuer, C.: “The concept of expropriation under the ETC and other Investment Protection Treaties”, 20 de mayo de 2005.
- Serrano Calderón, J. M.: “Ética del Árbitro”, *Arbitraje Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. IV, nº 1, 2011.
- Silva Romero, E.: “La distinción entre el Estado y Administración y el arbitraje resultante en los contratos del Estado”, *Revista Internacional de Arbitraje*, junio-diciembre, 2004.
- Soriano Hinojosa, Á.: “Arbitraje, contratación pública y defensa de la competencia (Sentencia /2018 Tribunal Superior de Justicia País Vasco, Sala de lo Civil y Penal, de 30 mayo 2018)”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, Volumen XI, 2018.
- Soriano Hinojosa, Á.: “El arbitraje de nuevo ante el Tribunal Constitucional ¿cambio de fundamento último constitucional? (Sentencia del Tribunal Constitucional 1/2018, de 11 enero 2018)”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 2018.
- Soriano Hinojosa, Á.: “La inmunidad del Estado y el arbitraje administrativo internacional”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, Vol. IX, nº 1, 2016.
- Soriano Hinojosa, Á.: “La tasación de costas en la declinatoria fundada en la competencia territorial: solución a una disputa jurisprudencial”, *El Notario del Siglo XXI*, nº 48. Marzo – Abril 2013.
- Stampa Casas, G.: “Comentario a las Sentencias de la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de enero de 2015, de 6 de abril de 2015 y de 14 de abril de 2015”, *Diario La Ley*, Nº 8537, 2015.
- Stampa Casas, G.: “La reforma de la Ley de arbitraje”, *Arbitraje Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. V nº 1.
- Stephen, J., Ware J.: “The Centrist Case for Enforcing Adhesive Arbitration Agreements, 23” *Harvard Negotiation Law Review* vol. 23, no. 1 (Fall 2017).

- Stewart: "U.S. Administrative Law: A Model for Global Administrative Law?", *Law and Contemporary Problems*, Vol. 15, 2005.
- Suárez Anzorena, C.I.: "Introducción a los requisitos rationae materiae y rationae personae del arbitraje bajo el Convenio CIADI", *Revista Peruana de Arbitraje*, nº 2, 2006.
- Suárez Robledano, J.M.: "El juez de apoyo al arbitraje: nombramiento judicial de árbitros, práctica de pruebas y adopción de medidas cautelares", *Estudios de derecho judicial*, Nº. 102, 2006 (Ejemplar dedicado a: *La nueva Ley de arbitraje*).
- Suárez Robledano, J.M.: "Hacia un concepto único del orden público en el arbitraje: la seguridad jurídica", *Arbitraje Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. VIII, nº 2, 2016. pp. 435–458.
- Sumner Lobingier, C., "Administrative law and droit administratif a comparative study with an instructive model", *University of Pennsylvania Law Review*, 1942.
- Tamburini, F.: "Historia y destino de la 'doctrina Calvo': ¿actualidad u obsolescencia del pensamiento de Carlos Calvo?", *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, vol. 24, 2002, pp. 81-101
- Tamburini, F.: "La Suprema Corte de los Estados Unidos y su competencia en grado de apelación", *Revista La Ley, Buenos Aires*, 1989-C-1208.
- Tawil G.S.: "Vías alternativas a la resolución de conflictos en la esfera local", *Anuario del Gobierno Local*, nº 1, 1995.
- Tawil, G.S., y Minorini Lima, J.: "El Estado y el Arbitraje: primera aproximación" *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*.
- Tornos Mas. J.: "El arbitraje en el Derecho Administrativo: Posibilidad de esta figura jurídica", *Revista del Tribunal Arbitral de Barcelona*, Boletín núm. 6, 1995
- Torralba Soriano, V., "Eficacia del contrato preliminar de arbitraje", *Revista Crítica Derecho Inmobiliario*, 1966
- Torralba Soriano, V., "Lex Mercatoria Internacional como instrumento de regulación de las relaciones privadas internacionales", *Agenda Internacional*, Año XI, nº 21, 2004.
- Tovar Gil, M.C.: "Aplicación de la Lex Mercatoria Internacional por los árbitros", *Lima Arbitration*, Nº 2 – 2007.
- Trayter Jiménez, J.M.: "El Arbitraje de Derecho Administrativo", *Revista de Administración Pública*, nº 143, 1997.
- Trehearne, C.: "Transparency, Legitimacy, and Investor-State Dispute Settlement: What Can We Learn from the Streaming of Hearings?" *Kluwer Arbitration Blog*, on 9 de junio de 2018.
- Tribe, L.H.: y Laurence H. Tribe. "Intergovernmental Immunities in Litigation, Taxation, and Regulation: Separation of Powers Issues in Controversies about Federalism". *Harvard Law Review*. Vol. 89, No. 4 (Feb., 1976).
- Trioschi A.: "Art-Related Disputes and ADR Methods: A Good Fit?" *Kluwer Arbitration Blog* de 8 de julio de 2018.
- Ushakova, T.: "El caso Yukos desde una óptica multidimensional, con especial referencia a los problemas de competencia".
- Ushakova, T.: "Sobre la aplicación del principio de estoppel en la práctica del CIADI", *Arbitraje Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. VI, nº 2, 2013.
- Victoria-Andreu, F.: "La independencia del árbitro: ¿realidad o quimera?" *Arbitraje Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. IV, nº1.

- Villalba Pérez, F.L.: “La concesión de servicios, nuevo objeto de regulación del Derecho Comunitario. Directiva 2014/23/UE de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica: Nueva Época*, nº 2, 2014.
- Viñals, J.M. y Iriarte, J.L.: “El laudo Yukos en España y la Ley de Inmunidades”, *Cinco Días*, 1 de febrero de 2016.
- Virgós Soriano, M.: “Arbitraje comercial internacional y convenio de Nueva York de 1958”, *Diario La Ley*, nº 6679, 2007 [LA LEY 1210/2007].
- Virgós Soriano, M.: “El convenio arbitral en el arbitraje internacional”, *Actualidad Jurídica Uría-Menéndez*, nº 14, (2006).
- Vives Ruiz, F.: “Impugnación de acuerdos sociales. Defectos procedimentales relevantes: delimitación y legitimación para impugnar”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 147/2017.
- Von Münch, I.: “La dignidad del hombre en el derecho constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 5, 1982.
- Waincymer, J.: “How Should a Court Asked to Apply Article 8 of the Model Law Approach its Task: Challenges for the Arbitral/Court Interface”, *Kluwer Arbitration*, Blog 1 y 2 de junio de 2018.
- Wöss, H.: “El Orden público, Derecho público, cosa juzgada e inarbitrabilidad den contratos públicos en México (la anulación del laudo del Caso ICC 13613/CCO/JRF)”, *Spain Arbitration Review*, nº 14, 2013.

TESIS DOCTORALES

- Cordero Álvarez, C.I.: *La protección del Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen en el tráfico privado internacional*, tesis doctoral presentada en la UCM bajo la dirección del prof. Dr., P. A. De Miguel Asensio.
- Fuentes del Campo, A.: *La personalidad jurídico-internacional del tribunal de arbitraje deportivo (tas/cas): conveniencia y viabilidad de su transformación parcial hacia un régimen de derecho internacional público*, Universidad de Córdoba.
- Gonzalo Quiroga, M.: *Las normas Imperativas y el orden público en el arbitraje internacional*, tesis doctoral presentada en la UCM bajo la dirección del prof. Dr., J. C. Fernández Rozas.
- Martínez-Conde Ibáñez, Á.: *La resolución de las controversias en los contratos de transporte terrestre. Las juntas de tasas y las juntas arbitrales del transporte. Análisis comparativo del procedimiento ante las mismas* (tesis doctoral), Universidad Complutense, 1995.
- Ortiz Laverde, S.M.: *Entre regulación y competencia: revisión institucional de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia CNMC*. Tesis doctoral presentada en la UCM bajo la dirección del prof. Dr., J.E. Soriano García.

ÍNDICE DE TEXTOS Y MATERIALES

TRATADOS Y OTROS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

Convención de la Haya de 1930 relativa a conflictos de leyes sobre nacionalidad.

Carta de las Naciones Unidas La Carta se firmó el 26 de junio de 1945 en San Francisco.

Tratado CECA de 18 de abril de 1951.

Tratado de Roma 25 de marzo de 1957.

Convenio de doble nacionalidad entre Chile y España el 14 de noviembre de 1958

Convención de Viena de 24 de abril de 1963 sobre Relaciones Consulares.

Instrumento de Ratificación del Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, hecho en Washington el 18 de marzo de 1965. (B.O.E. 13 de septiembre de 1994) Las últimas enmiendas al Reglamento del Mecanismo Complementario adoptadas por el Consejo Administrativo del Centro entraron en vigor el 10 de abril de 2006.

Convenio Sobre Relaciones Diplomáticas Firmado en Viena el 18 de abril de 1961 publicado en el BOE el 24 de enero de 1968.

Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961.

Convención de Viena de 24 de abril de 1963 sobre Relaciones Consulares.

Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados sobre el Derecho de los Tratados fue suscrita en Viena (Austria) el 23 de mayo de 1969.

Convenio Europeo de Basilea sobre la inmunidad de los Estados de 16 de mayo 1972.

APPRI entre Suecia y Malasia de 3 de marzo de 1979

APPRI entre Chile y España del 2 de octubre de 1991. (Decisión del Tribunal Arbitral 25 de enero de 2000).

APPRI entre Argentina y España del 3 de octubre de 1991.

APPRI entre Suecia y Chile el 24 de mayo de 1993.

NAFTA 1 de enero de 1994 (entrada en vigor).

Protocolo de Colonia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones del MERCOSUR de 17 de enero de 1994.

Convenio Europeo sobre Inmunidad de los Estados realizado en Basilea en 1972.

Tratado de la Comunidad del Caribe (CARICOM) 4 de julio de 1973.

Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958. Instrumento de adhesión de España de 29 de abril de 1977.

Tratado de la Carta sobre la Energía de 17 de diciembre de 1994.

APPRI entre el Reino de España y Argelia, de 23 de diciembre de 1994.

APPRI entre España y el Salvador de 14 de febrero de 1995

APPRI entre el Reino de España y Bulgaria de 5 de septiembre de 1995.

APPRI entre el Reino de España y la República de Costa Rica de 8 de julio de 1997.

Convenio Europeo sobre Nacionalidad de 6 de noviembre de 1997.

APPRI entre el Reino de España y Nigeria de 9 de julio de 2002.

APPRI entre el Reino de España y Albania de 5 de junio de 2003.

Convención de la ONU de 2 de diciembre de 2004 sobre inmunidad jurisdiccional de los Estados y de sus bienes.

APPRI España Colombia de 31 de marzo de 2005.

APPRI entre los Estados Unidos Mejjicanos y la República de Panamá el 4 de diciembre de 2006.

Apéndice 1 del Convención Internacional contra el dopaje en el deporte, hecho en París el 18 de noviembre de 2005 (Código Mundial Antidopaje).

APPRI entre el Reino de España y Bahrein de 23 de mayo de 2008;

NORMATIVA DE LA UNIÓN EUROPEA

Directiva 72/166/CEE del Consejo relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros, sobre el seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, así como del control de la obligación de asegurar esta responsabilidad.

Carta de Protección de los Consumidores, aprobada por la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa en 1973.

Resolución del Consejo, de 14 de abril de 1975, relativa a un programa preliminar de la Comunidad Económica Europea para una política de protección e información de los consumidores.

Directiva 88/361/CEE para la aplicación del Artículo 67 del Tratado de la Comunidad Económica Europea.

Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio.

Recomendación Rec(2001) 9 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre los medios alternativos de resolución de litigios entre las autoridades administrativas y los particulares, adoptada el 5 de septiembre de 2001.

Directiva 2002/21/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas.

Directiva 2002/20/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas.

Directiva 2002/22/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas.

Directiva 2002/19/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión.

Directiva 2002/58/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas.

Directiva 2002/73/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 23 de septiembre

Directiva 2002/77/CE, de la Comisión, de 16 de septiembre de 2002, relativa a la competencia en los mercados de redes y servicios de comunicaciones electrónicas.

Decisión n.º 676/2002/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, sobre un marco regulador de la política del espectro radioeléctrico en la Comunidad Europea.

Decisión 2003/564 CE, de la Comisión Europea, de 28 de julio sobre aplicación controles seguros de responsabilidad civil

Acuerdo de 9 de julio de 2004 entre la Comisión Europea y el grupo Philip Morris International (autorización firma por el Estado español mediante Real Decreto 1594/2004 de 25 de junio).

Reglamento n.º 952/2006, de la Comisión, de 29 de junio, por el que se regula la gestión del mercado interior del azúcar y del régimen del mercado interior del azúcar y del régimen de cuotas.

Tratado de Lisboa, firmado por los representantes de todos los Estados miembros de la Unión Europea (UE) en Lisboa el 13 de diciembre de 2007. Entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el 1 de diciembre de 2009.

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, (Versión consolidada) Diario Oficial de la Unión Europea» núm. 83, de 30 de marzo de 2010.

Directiva 2011/83/UE.

Reglamento (UE)1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

Reglamento 1219/2012 de 12 de diciembre de 2012 del Parlamento y del Consejo por el que se establecen disposiciones transitorias sobre los acuerdos bilaterales de inversión entre Estados miembros y terceros países.

Directiva 2013/11/UE

Inversor-State Dispute Settlement. Comisión Europea, FAQ on the EU-US Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP), 10 de junio de 2013.

Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

Informe Parlamento Europeo de 2014 denominado Rebooting the Mediation Directive: Assessing the limited Impact of Its Implementation and Proposing Measures to Increase the Number of Mediations in the EU.

Reglamento 912/2014 de 23 de julio por el que se establece un marco para gestionar la responsabilidad financiera relacionada con los tribunales de resolución de litigios entre inversores y Estados establecidos por acuerdos internacionales en los que la UE sea parte (DOUE 28 de agosto de 2014). Entrada en vigor el 17 de septiembre de 2014.

Dictamen 1/17 del TJUE.

LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

Fuero Juzgo (Liber Iudiciorum).

Fuero Real.

Partidas de Alfonso X “el Sabio”.

Nueva Recopilación.

Novísima Recopilación.

Constitución de 1812.

Código de Comercio de 1829.

Ley de Enjuiciamiento Civil de 1830.

Leyes de 2 de abril y 6 de julio de 1845 reguladoras de los consejos provinciales y del Consejo Real.

Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública, 20 de febrero de 1850.

Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855.

Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública, Ley publicada el 25 de junio de 1870.

Decreto de Bravo Murillo de 1852 Boletín Oficial de Madrid, sábado 2 de octubre de 1852.

Constitución de 1869.

Constitución de 1876.

Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881.

La ley Santa María de Paredes de 13 de septiembre de 1888.

Real Decreto de 24 de julio de 1889 (Código Civil).

Ley Maura de 5 de abril de 1904.

Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública, de 1 de julio de 1911.

Ley de 22 de diciembre de 1953 por la que se regulan los arbitrajes de derecho privado.

Ley de Entidades Estatales Autónomas de 26 de diciembre de 1958.

Ley 110/1963, de 20 de julio, de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia.

Ley de 1964 de Patrimonio del Estado, (Texto Articulado de 15 abril 1964, ejecutado en desarrollo de la Ley de Bases del Patrimonio del Estado de 24 de diciembre de 1962 y su Reglamento).

Decreto 3588/1964, de 5 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley del Patrimonio del Estado.

Ley Orgánica del Estado, núm. 1/1967, de 10 de enero.

Ley 17/1975, de 2 de mayo, sobre creación del Organismo autónomo «Registro de la Propiedad Industrial».

Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Contratación del Estado.

Ley 11/1977 de 4 de enero, General Presupuestaria.

Real Decreto 1120/1977, de 3 de mayo, regulador de la contratación de material militar en el extranjero.

Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo.

Real Decreto-Ley 33/1978, de 16 de noviembre, sobre mayoría de edad.

Constitución Española de 27 de diciembre de 1978.

Ley Orgánica 2/1979 de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para el País Vasco.

Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado.

Ley 83/1980, de 31 de diciembre, de Arrendamientos Rústicos.

- Real Decreto 1094/1981, de 22 de mayo, sobre realización por el Consejo Superior de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de arbitraje comercial internacional.
- Ley 19/1982, de 26 de mayo de contratación de productos agrarios.
- Real Decreto-ley 2/1983, de 23 de febrero, de expropiación, por razones de utilidad pública e interés social, de los Bancos y otras Sociedades que componen el grupo "Rumasa, S. A.".
- Ley Orgánica 3/1983, de 25 de Febrero Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid.
- Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.
- Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio por el que se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales.
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
- Ley Orgánica 10/1985, de 2 de agosto, de autorización para la adhesión de España a las Comunidades Europeas.
- Orden de 19 de junio de 1987 (BOE nº 148 de 22 de junio 1987, Acuerdo Interprofesional de la Avellanana).
- Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la competencia y organización de la Jurisdicción Militar.
- Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres.
- Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones.
- Real Decreto 124/1988, de 12 de febrero, por el que se reorganiza la Secretaría General del Turismo y el Instituto Nacional de Promoción del Turismo.
- Ley 13/1988, de 4 de mayo, de Ordenación del Mercado de Tabacos.
- Ley estatal 36/1988, de 5 de diciembre (RCL 1988\2430 y RCL 1989\1783), de arbitraje.
- Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la competencia, que implantó un orden adecuado a la, entonces, Comunidad Económica Europea.
- Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte.
- Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres.
- Real Decreto 1835/1991, de 20 de diciembre, sobre Federaciones deportivas españolas.
- Ley 1/1992, de 10 de febrero, de Arrendamientos Rústicos Históricos.
- Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
- Ley 32/1992, de 3 de diciembre, de modificación de La Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de ordenación de las telecomunicaciones
- Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo, por el que se regula el sistema arbitral de consumo.
- Ley Orgánica 10/1994, de 24 de marzo, de Reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid.
- Ley Orgánica 15/1994, de 1 de junio, para la cooperación con el Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de violaciones graves del Derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la antigua Yugoslavia.
- Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas.
- Ley 37/1995, de 12 de diciembre, de Telecomunicaciones por Satélite.
- Ley 42/1995, de 22 de diciembre, de Telecomunicaciones por Cable.

Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia

Real Decreto-Ley 6/1996 de 7 de junio.

Real Decreto 1994/1996 de 6 de septiembre.

Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado

Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones.

Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas.

Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de Contratación (LCGC).

Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones.

La Ley 13/1998, de 4 de mayo, de Ordenación del Mercado de Tabacos y Normativa Tributaria

Ley 11/1998 de 9 de julio, de Protección de los Consumidores de la Comunidad de Madrid.

Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio.

Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos.

Real Decreto 2451/1998, de 13 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Junta Arbitral de resolución de conflictos en materia de tributos del Estado cedidos a las Comunidades Autónomas.

Real Decreto 2668/1998, de 11 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto del Organismo autónomo Comisionado para el Mercado de Tabaco.

Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre, por la que se autoriza la ratificación por España del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas.

Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación.

Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.

Real Decreto 997/2003 de 25 de julio, por el que se regula el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado.

Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas.

Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de Arrendamientos Rústicos.

Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.

Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (BOE nº 313 y 3 de 31 de diciembre de 2003 y 3 de enero de 2004).

Ley 35/2006 del IRPF.

Ley Orgánica 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte.

Real Decreto 1417/2006, de 1 de diciembre.

Ley Orgánica 6/2007 de 24 de mayo.

Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial.

Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Ley 23/2007, de 8 de octubre, de creación de la Comisión Nacional del Sector Postal.

Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

Real Decreto 63/2008, de 25 de enero, por el que se regula el procedimiento para la imposición y revisión de sanciones disciplinarias en materia de dopaje.

Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo.

Real Decreto 1794/2008, de 3 de noviembre, por el que se aprueba el reglamento de procedimientos amistosos en materia de imposición directa con “Comisiones Consultivas” entre países.

Real Decreto-ley 1/2009, de 23 de febrero.

Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías.

Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual.

Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

Real Decreto 1565/2010, de 19 de noviembre, por el que se regulan y modifican determinados aspectos relativos a la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial.

Real Decreto-ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo.

Real Decreto-ley 14/2010, de 23 de diciembre, por el que se establecen medidas urgentes para la corrección del déficit tarifario del sector eléctrico.

Orden ITC/3353/2010, de 28 de diciembre, por la que se establecen los peajes de acceso a partir de 1 de enero de 2011 y las tarifas y primas de las instalaciones del régimen especial.

Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal.

Ley 11/2011 de 20 de mayo de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje.

Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Real Decreto 1889/2011, de 30 de diciembre, por el que se regula el funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual.

Real Decreto-ley 13/2012, de 30 de marzo, por el que se transponen directivas en materia de mercados interiores de electricidad y gas y en materia de comunicaciones electrónicas.

Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

Real Decreto-ley 6/2013, de 22 de marzo, de protección a los titulares de determinados productos de ahorro e inversión y otras medidas de carácter financiero.

Real Decreto 385/2013, de 31 de mayo, de modificación del Real Decreto 1886/2011, de 30 de diciembre, por el que se establecen las Comisiones Delegadas del Gobierno.

Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

Ley Orgánica 3/2013, de 20 de junio, de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva.

Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico.

Orden FOM/1698/2013, de 31 de julio.

Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto.

Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre.

Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

Decreto Legislativo 4/2013, de 17 de diciembre, del Gobierno de Aragón.

Ley 24/2013 de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico.

Real Decreto 19/2014, de 17 de enero, por el que se refunden los organismos autónomos Instituto Nacional del Consumo y Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición.

Real Decreto 53/2014, de 31 de enero, por el que se desarrolla la composición, organización y funciones del Tribunal Administrativo del Deporte.

Ley 1/2014, de 19 de marzo, Agraria de Castilla y León.

Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado.

Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores.

Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones.

Decreto 98/2014 sobre el procedimiento de mediación en las relaciones de consumo

Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea.

Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales.

Real Decreto-ley 5/2015, de 30 de abril.

Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes.

Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del sector ferroviario.

Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores

Ley 42/2015, de 5 de octubre.

Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España.

Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil.

Real Decreto 1023/2015, de 13 de noviembre, por el que se desarrolla reglamentariamente la composición, organización y ejercicio de funciones de la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual.

Orden ECD/324/2017, de 3 de abril.

Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo.

Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

Real Decreto 2/2018, de 12 de enero, por el que se dictan determinadas normas de desarrollo del Real Decreto-ley 5/2015, de 30 de abril, de medidas urgentes en relación con la comercialización de los derechos de explotación de contenidos audiovisuales de las competiciones de fútbol profesional.

Real Decreto 694/2018, de 29 de junio, por el que se modifica el Real Decreto 1886/2011, de 30 de diciembre, por el que se establecen las Comisiones Delegadas del Gobierno tampoco contempla la citada Comisión Delegada.

Real Decreto 998/2018, de 3 de agosto, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo

Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

Orden CUD/315/2019, de 19 de marzo.

LEGISLACIÓN EXTRANJERA

Foreign Sovereign Immunities Act, 21 de octubre de 1976 (EE.UU).

State Immunity Act, 20 de Julio de 1978 (Reino Unido).

State Immunity Act de 1979 (Singapur).

Foreign Sovereign Immunities Act, 6 de octubre de 1981 (República Sudafricana).

Ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, de 21 de junio de 1985

Foreign Sovereign Immunity Act, de 16 de diciembre de 1985 (Austria).

Ley Suiza Federal de 18 de diciembre de 1987 de derecho internacional privado.

Ley Ratificatoria 1593, de 12 de agosto de 1994, de adhesión de Bolivia al Convenio de Washington.

Ley 24.488 (Argentina) Inmunidad jurisdiccional de los Estados extranjeros ante los Tribunales argentinos 31 de mayo de 1995.

Constitución Política del Estado Bolivariano de 15 de diciembre de 1999.

Constitución Bolivariana de Venezuela de 24 de marzo de 2000.

OTROS MATERIALES

Ley de las XII Tablas.

Tractatus Represaliarum.

Paz de Westfalia.

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789.

Código Civil francés de 21 de marzo de 1804.

Constitución de la Nación Argentina de 1853.

Informe de la OCDE de 1972 sobre la política de protección a los consumidores.

Código de procedimiento civil francés. Decreto No 75-1123 del 5 de diciembre de 1975 que instituye un nuevo Código procesal civil.

International Law Commission, Draft Articles on Diplomatic Protection with commentaries, 2006.

Reglamento de arbitraje. Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional Vigente a partir del 1° de enero de 2012.

ÍNDICE DE DECISIONES

TRIBUNAL DE JUSTICIA UNIÓN EUROPEA

- STJCE de 22 de marzo de 1961, C-42/59 y 49/59, SNUPAT c. Alta Autoridad de la CECA.
- STJUE 15 de julio de 1964, Flaminio Costa c. ENEL.
- STJCE 13 de julio de 1965, C-111/63, Lemmerz-Werke GMBH c. Alta Autoridad de la CECA.
- STJCE 1 de febrero de 1978, Luhrs c. Hauptzollamt Hamburg-Jonas C 78/77.
- STJCE de 25 de enero de 1979, Asunto Racke, C-98/78.
- STJCE 16 de Mayo de 1979, Tomadini C-84/78.
- STJUE de 23 de marzo de 1982, 102/81, Nordsee.
- STJUE 17 de octubre de 1989, C-109/88, Danfoss.
- STJCE de 11 de julio de 1991, Antonio Crispoltoni contra Fattoria Autonoma Tabacchi di Città di Castello, C-368/89.
- STJUE de 25 de julio de 1991, C-190/89, Marc Rich & Co. AG v Società Italiana Impianti PA.
- STJUE de 16 de julio de 1992, C-67/91, Asociación Española de Banca Privada (cuestión prejudicial por órgano administrativo – Tribunal de Defensa de la Competencia).
- STJUE de 1 de marzo de 1993, C-260 y 261/93, Diversinte e Iberlacta (cuestión prejudicial planteada por Tribunal Económico Administrativo).
- STJUE de 4 de noviembre de 1997, C337/95, Parfums Dior (cuestión prejudicial por tribunal internacional – Benelux-)
- STJUE de 1 de junio de 1999, C-126/97, Eco-Swiss c. Benetton (cuestión prejudicial por órgano alternativo a la jurisdicción con nulidad de laudo contrario derecho comunitario).
- STJUE de 30 de noviembre del 2000, C-195-98, Österreichischer Gewerkschaftsbund (cuestión prejudicial de órgano consultivo).
- STJUE de 29 de noviembre de 2001, C-17/00, De Coster (condiciones generales para planteamiento de cuestión prejudicial por órganos alternativos a la jurisdicción).
- STJUE de 27 de enero de 2005, C-125/04, Denuit y Cordenier.
- STJUE de 16 de marzo de 2006, C-234/04 Kapferer.
- STJUE 28 de septiembre de 2006, *Hertogenbosch* C-150/05, conclusiones abogado general D. Ruiz-Jarabo Colomer, 26 octubre de 2004.
- STJUE de 26 de octubre de 2006, Caso Elisa María Mostaza Claro contra Centro Móvil Milenium, S.L. C 168/05.
- STJUE Comisión c. Finlandia, C-118/2007.
- STJUE 15 de febrero de 2007, asunto C- 292/2005.
- STJUE de 3 de septiembre de 2009, Comisión c. Austria, C-205/06.
- STJUE 28 de abril de 2009, asunto C-420/2007
- STJUE Comisión c. Finlandia, C-245/06 de 19 de noviembre de 2009.

STJUE de 14 de junio de 2011, C-196/09, Miles y otros (inadmisión cuestión prejudicial por órgano ad hoc).

STJUE de 18 de octubre de 2011, C-406/2009.

STJUE 29 de marzo de 2012, asunto C-295/12.

STJUE de 19 de julio de 2012, C-154/2011.

STJUE de 26 de febrero de 2013, C-399/11, Melloni (cuestión prejudicial por Tribunal Constitucional español - la primera vez que lo plantea).

STJUE de 11 de abril de 2013, asunto C-645/2011.

STJUE de 12 de septiembre de 2013, asunto C-49/2012.

STJUE de 5 de diciembre de 2013, asunto C-413/12, Asociación de Consumidores Independientes de Castilla y León y Anuntis Segundamano España, S.L.

Auto del TJUE de 13 de febrero de 2014, C-555/13, Merck Canada (cuestión prejudicial por órgano intermitente no permanente).

STJUE de 12 de junio de 2014, C-377/14, Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta.

STJUE de 9 de marzo de 2017 C-551/15 - Pula Parking.

STJUE de 6 de marzo de 2018, C-284/16 Slowakische Republik contra Achmea BV.

STJUE de 11 de julio de 2019, C-180/18, C-286/18 y C-287/18. Asunto Italia Energías renovables.

STJUE, 6 de junio de 2019, Asunto C-254/18: *P.M. y otros*.

ESPAÑA

Tribunal Constitucional

Sentencia 11/1981, de 8 de abril.

Sentencia 27/1981, de 20 de julio de 1981.

Sentencia 33/1981, de 5 de noviembre.

Sentencia 48/1982, de 12 de julio.

Sentencia 85/1982, de 23 de diciembre.

Sentencia 76/1983, de 5 de agosto.

Auto 720/1984, de 21 de noviembre.

Auto 723/1984, de 21 de noviembre.

Auto 51/1986, de 22 de enero.

Sentencia 43/1986, de 15 de abril.

Sentencia 68/1986, de 27 de mayo.

Sentencia del Tribunal Constitucional en Pleno de 16 de julio de 1987 [EDJ 1987/126].

Auto 954/1987, de 22 de julio

Sentencia 43/1988, de 16 de marzo.

Sentencia número 64/1988, de 12 de abril.

Sentencia 233/1988, de 2 de diciembre.

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 252/1988 de 20 diciembre [RTC 1988\252].

Auto 701/1988, de 6 de junio.

Sentencia 15/1989 de 26 enero.

Sentencia del Tribunal Constitucional 54/1989.

Auto 100/1989, de 20 de febrero.

STC en Pleno de 15 de marzo de 1990 [RTC 1990\46].

Sentencia 56/1990, de 29 de marzo.

Sentencia, 28/1991 en Pleno, 14 de febrero de 1991

Sentencia 62/1991, de 22 de marzo de 1991.

STS, Sala 3ª, de 11 de junio de 1991 [RJ 1991\4874].

Auto 179/1991, de 17 de junio.

Auto 116/1992, de 4 de mayo.

Declaración 1/1992 de 1 de julio sobre el Tratado de la Unión Europea y en la Sentencia de 1 de julio de 1992 (límites a la inmunidad de jurisdicción).

Sentencia del Tribunal Constitucional 26 de noviembre de 1992 [RTC 1992\205]

Auto del Tribunal Constitucional 41/1993, de 29 de enero de 1993.

Auto 259/1993 de 20 de julio.

Auto 326/1993, de 28 de octubre.

Sentencia 288/1993, de 4 de octubre.

Sentencia, en Pleno, 26 de mayo de 1994 [RTC\1994\165].

Auto 231/1994, de 18 de julio.

Sentencia del Tribunal Constitucional 292/1994 de 27 de octubre de 1994 [RTC 1994\292].

STS, Sala 3ª, 25 de enero de 1995 [RJ 1995\636].

Sentencia del Tribunal Constitucional, núm. 34/1995, de 6 febrero.

Sentencia del Tribunal Constitucional 140/1995 de 28 de septiembre.

Sentencia 174/1995, de 23 de noviembre (inconstitucionalidad arbitraje obligatorio).

Sentencia 183/1995.

Sentencia 75/1996, de 30 de abril.

Sentencia 107/1996, de 12 de junio.

Sentencia 118/1996, de 27 de junio.

Sentencia 146/1996, de 19 de septiembre.

Sentencia de 11 de noviembre de 1996.

Sentencia 196/1997, de 13 de noviembre

Sentencia 233/1997, de 18 de diciembre.

STC, en Pleno, de 14 de marzo de 2000[RTC 2000\73].

Auto del Tribunal Constitucional 112/2002 de 1 de julio.

Sentencia 32/2002, de 11 de febrero.

Auto 243/2003, de 14 de julio.

Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, sobre el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.

Sentencia 9/2005, de 17 de enero.

Sentencia núm. 155/2005 de 9 junio [RTC\2005\155].

Auto 176/2005, de 5 de mayo

Auto 301/2005, de 5 de julio.

Auto del Tribunal Constitucional de 13 de diciembre de 2005.

Sentencia 290/2006, de 9 de octubre.

Sentencia 352/2006, de 14 de diciembre.

Sentencia de 14 de diciembre de 2006 (equivalente jurisdiccional del arbitraje).

Sentencia núm. 38/2007 de 15 febrero [RTC 2007\38].

Sentencia 116/2008 de 13 de octubre.

STC 20 de abril de 2009 [RTC\2009\90].

Auto TC núm. 190/2009 de 23 junio [RTC 2009\190].

Sentencia 31/2010, de 28 de junio.

Sentencia 136/2010, de 2 de diciembre.

Sentencia 18/2011, de 3 de marzo.

Sentencia 119/2011, de 5 de julio.

Sentencia 76/2012, de 16 de abril.

Sentencia de 18 de abril de 2012 [RTC 2012\80].

Sentencia 5 de diciembre de 2013 [RTC 2013\198]

Sentencia 72/2014, de 8 de mayo.

Sentencia 119/2014, de 16 de julio.

Sentencia 142/2014, de 11 de septiembre.

Sentencia 8/2015, de 22 de enero.

Sentencia 12/2015, de 5 de febrero.

Sentencia 45/2015, de 5 de marzo.

STC, en Pleno, de 12 de junio de 2015 [RTC\2012\135]

STC, en Pleno, de 5 de noviembre de 2015 [RTC\2015\231].

Sentencia del Pleno de 17 de diciembre de 2015.

Sentencia 8/2016, de 21 de enero.

Sentencia 32/2016, de 18 de febrero.

Sentencia 62/2016, de 17 de marzo.

Sentencia 28 de abril de 2016 [RTC 2016\85].

Sentencia del Tribunal Constitucional 1/2018, de 11 enero 2018.

Sentencia 54/2018, de 24 de mayo.

Sentencia 102/2018, de 4 de octubre.

Sentencia del Tribunal Constitucional 37/2019, de 26 de marzo de 2019.

Tribunal Supremo

Sala de lo Contencioso-administrativo

Sentencia de 12 de diciembre de 1981 [RJ 1981\4797] (concepto de orden público).

Sentencia de 23 de noviembre de 1984 [RJ 1984\5956].

Auto de 1 de diciembre de 1998 (litispendencia).

Auto de 7 de octubre de 2003 (cosa juzgada).

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo contencioso-administrativo, de 27 enero 2004 [RJ 2004\249].

Sentencia del Tribunal Supremo nº 4617/2017, 20/12/2017 Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Sentencia de 16 de enero de 2008. [RJ 2008\899]

Sentencia de 12 de noviembre de 2012 [RJ 2013/131].

Sentencia de 20 de diciembre de 2012 [RJ\2013\854].

Sentencia de 29 de enero de 2013[RJ2013/1534].

Sentencia de 25 de junio de 2013 [RJ 2013/5644].

Sentencia de 13 de enero de 2014 [RJ\2014\574].

Sentencia de 13 de abril de 2014 [RJ\2014\2566].

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) de 10 diciembre 2015 [RJ\2015\6013].

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 18 de febrero de 2016 [RJ\2016\899].

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) de 20 de abril de 2016 [RJ\2016\1817].

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) de 25 de abril de 2016 [RJ\2016\1857].

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) núm. 816/2019 de 13 junio [RJ 2019\2732]:

Sala de lo Civil

Auto de 17 de junio de 1983 (RJ 1983/6736).

STS, Sala de lo Civil en Pleno, núm. 922/2000 de 16 de octubre, RJ 2000\9906

Auto del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 2003 [JUR 2003, 261577].

STS, Sala de lo Civil en Pleno, núm. 963/2005 de 15 diciembre, [RJ 2006\1223].

Sentencia de 17 de abril de 2008 [RJ 2008\4070], se señala que el litisconsorcio pasivo necesario es una cuestión de orden público.

Auto del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2018 [JUR 2018\149876].

Sala de lo Social

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 8 noviembre 1979 [RJ 1979\3975].

Tribunales Superiores de Justicia

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 8 de febrero de 1990.

Sentencia del TSJ Galicia CP 1ª nº 18/2012, de 2 de mayo.

Sentencia 3/2012 de 1 de octubre de 2012 del TSJ de las Islas Baleares (arbitraje en Derecho administrativo; concesiones).

Sentencia del TSJ de Andalucía, (Sala de lo Civil y Penal, Sección1ª), de 8 enero de 2013 [AC 2013\1706] (motivación del laudo).

Sentencia del TSJ de Cantabria, (Sala de lo Civil y Penal) de 30 de enero de 2013 [JUR 2012\203730] (valoración pruebas en el Laudo).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 13 de julio de 2015 (Sala de lo Civil y Penal).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) de 9 de febrero de 2016 [AC 2016\532].

Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Civil y Penal) de 27 de septiembre de 2016.

Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Civil y Penal, Sección1ª) de 28 de septiembre de 2016.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 4 noviembre de 2016 [AC 2016\1803].

Sentencia de 20 de diciembre de 2016, 77/2016, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Penal y Civil [AC 2017\296].

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Sala de lo Civil y Penal de 18 de enero de 2017.

Auto de 5 de septiembre de 2017 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid [AC 2018\388].

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Civil y Penal, Sección1ª) de 26 de septiembre de 2017 [AC 2017\1148].

Sentencia del TSJ País Vasco, núm. 11/2017, de 15 noviembre.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Palmas de Gran Canaria, Sala Civil y Penal, Sección Primera, de 12 de diciembre de 2017.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, Sala Civil y Penal, de 3 de abril de 2018.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala Civil y Penal, Sección Primera, de 5 de abril de 2018.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala Civil y Penal, Sección Primera, de 14 de abril de 2018.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala Civil y Penal, Sección Primera, de 17 de abril de 2018.

Auto TSJ Madrid núm. 4/2018 de 18 abril [AC 2018\786].

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala Civil y Penal, Sección Primera, de 24 de abril de 2018.

Sentencia del TSJ de Madrid, Sala Civil y Penal, Sección Primera, de 24 de mayo de 2018.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias (Sala de lo Civil y Penal, Sección Primera), de 8 de junio de 2018.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 13 diciembre de 2018 [AC 2019\230].

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 16 de enero de 2019 [AC 2019\728].

Auto de 8 de febrero de 2019 del Tribunal Superior de Justicia de Galicia [JUR 2019\228516].

Audiencia Nacional

Sentencia de la Audiencia Nacional de 23 febrero 2000 [JUR\2000\115495] (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª).

Sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de septiembre de 2016.

Audiencias Provinciales

Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de junio de 2000 [AC 2000\2544].

Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos (Sección 2ª) Sentencia núm. 524/2003 de 12 diciembre.

Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz, núm. 43/2004, de 8 noviembre. [JUR 2005\78179].

Sentencia de la AP de Cantabria de 8 de abril de 2005 [AC 2005/490] (descarta que dictar un laudo fuera de plazo suponga la nulidad de éste).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 29 de julio de 2005 de la Sección 14ª,

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 24 de mayo de 2006 de la Sección 25ª.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 4º, de 11 de octubre de 2006 [JUR 2007\76623] (nulidad de la renuncia a la acción de anulación).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 30 de octubre de 2006 de la Sección 13ª.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 777/2006 de 28 noviembre (Sección 12ª).

Sentencia de la AP de Barcelona, Sección 15ª, de 13 diciembre de 2006 [AC 2006\1943] (consumidores).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 21ª) Sentencia núm. 45/2007 de 6 febrero.

Sentencia de la AP de Las Palmas (Sección 3ª), de 13 de febrero de 2007 [JUR 2007/153383] (afirma la nulidad de laudo extemporáneo).

Sentencia de la AP de Madrid, Sección 18º, de 13 de febrero de 2008 [JUR 2008\122646] (relativización Litis consorcio pasivo necesario).

Auto núm. 106/2008 de 13 marzo de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 20ª) [JUR 2008\207446].

Sentencia de la Sección 8ª de la AP de Alicante de 21 de mayo de 2008 [JUR 2011\87204].

Auto de la AP de Valencia 23 de febrero de 2012, Sección 9ª, de por la que se termina condenando al demandado al pago de una cantidad de la que se le había absuelto mediante Sentencia dictada por dicha Audiencia el 31 de enero de 2012.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4), núm. 108/2012, de 13 marzo.

Sentencia de la Sección 1ª de la AP de Coruña de 13 noviembre 2013.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 21 de septiembre de 2015.

Dictámenes del Consejo de Estado

Dictamen 41876/79.

Dictamen del Consejo de Estado 53716 de 13 de julio de 1989.

Dictamen 53843 de 26 de octubre de 1989.

Dictamen 329/1991 (Asuntos Exteriores) de 16 de mayo de 1991

Dictamen 214/1992, de 21 de mayo (anteproyecto de Ley de Contratos de las Administraciones Públicas).

Dictamen 764/92.

Dictamen del Consejo de Estado 984/1993 de 9 de septiembre de 1993.

Dictamen del Consejo de Estado 1090/1993 relativo al Acuerdo para Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre España y la República Federal de Nigeria

Colección Thyssen-Bornemisza, aprobado por Real Decreto 1525/1988, de 16 de diciembre, con el Dictamen favorable del Consejo de Estado nº 1034/1993.

Dictamen 1436/1993 (ratificación Convenio CIADI).

Dictamen 1338/94, relativo a la adquisición de una partida de aviones Mirage.

Dictamen del Consejo de Estado 2062/1994 (defensa) de 17 de noviembre de 1994.

APPRI entre el Reino de España y la República del Perú, hecho en Madrid el 17 de noviembre de 1994

Dictamen 480/1998 (Medio Ambiente) de 26 de marzo de 1998.

Dictamen 1553/1998 (Administraciones Públicas) de 16 de julio de 1998 relativo al recurso de inconstitucionalidad de una Ley Canaria sobre el sistema eléctrico canario.

Dictamen 3496/1998 (Comunidad de Madrid) es un supuesto en que el Consejo de Estado resuelve sobre la petición realidad por la Comunidad de Madrid.

Dictamen 4464/1998, de 22 de diciembre (recomienda arbitraje en contratación administrativa).

Dictamen del Consejo de Estado 1374/1999 de 22 de julio de 1999

Dictamen 1984/1999 (Economía y Hacienda) de 29 de julio de 1999 sobre el Institute for Girls in Spain, Fundación Ortega y Gasset, Administración Del Estado.

Dictamen 1296/2004, de 21 de mayo.

Dictamen de la Comisión Permanente del Consejo de Estado, en sesión celebrada el día 5 de diciembre de 2007, emitió, por unanimidad, Número de expediente: 2192/2007 (Economía y Hacienda).

Dictamen 697/2009 (Medio Ambiente, Medio Rural y Marino) de 17 de septiembre de 2009 sobre el Real Decreto por el que se aprueban los Estatutos Generales de los Colegios Oficiales de Ingenieros Agrónomos y de su Consejo General.

Dictamen 394/2013

Otros documentos

Informe 33/99, de 30 de junio de 1999 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

Resolución de 23 de marzo de 2007, el Consejo de Ministros, siguiendo las condiciones sustantivas propuestas por unanimidad por el TDC (asunto Sogecable).

Resolución de la DGRN de 19 de febrero de 1998.

Resolución de la DGRN de 18 de abril de 1998.

OTROS PAÍSES

Argentina

Sentencia de 1 de junio de 2004. Asunto Cartellone.

Sentencia Sala D de la Cámara Comercial Argentina de 8 de agosto de 2007.

Bolivia

Tribunal Constitucional de Bolivia en Sentencia de 10 de mayo de 2006.

Colombia

Sentencia de la Sala Plena de Colombia de 23 de abril de 2002 (C-294/02).

Estados Unidos

The Schooner Exchange v. McFaddon 11 U.S. 116” (1812)

Scott v Avery (1855) 5 HL Cas 811.

Compañía Española de Navegación Marítima, S.A. v. The Navemar 303 U.S. 68 (1938).

Sentencia del Tribunal Supremo norteamericano, el caso tipo es Commonwealth Coatings Corp. v. Continental Casualty Co., 393 U.S. 145 (1968).

Sentencia del Tribunal de Apelación del Segundo Circuito de 23 de diciembre de 1974: Parsons & Whittemore Overseas Co., c. Société Générale de L'industrie du Papier.

Alfred Dunhill of London, Inc. v. Republic of Cuba, 425 U.S. 682, 711-15 (1976).

Sentencia del Tribunal Supremo de EE.UU. de 2 de julio de 1985, Mitsubishi Motors Corp c. Soler Chrysler-Plymouth, Inc. 473/ US 614.

AT&T Technologies, Inc. v. Communications Workers, 475 U.S. 643, 106 S.Ct. 1415 (1986); First Options of Chicago v. Kaplan, 514 U.S; 938, 115 S.Ct. 1920 (1985)

Howsam v. Dean Witter Reynolds, Inc., 537 U.S. 79, 123 S.Ct. 588 (2002); Greentree Financial Corp. v. Bazzle, 539 U.S. 444, 123 S.Ct. 2402 (2003)

Sentencia del Tribunal Supremo de EE.UU. de 31 de enero de 2012, asunto Odyssey Marine.

Sentencia del Tribunal de Apelación del Segundo Circuito de Nueva York de 29 de agosto de 2012.

Sentencia Tribunal Supremo de los Estados Unidos de 5 de marzo de 2014 recaída en el asunto entre BG Group Plc v. Republic of Argentina.

Sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, Epic Systems Eorp. V. Lewis Certiorari to the United States Court of Appeals for the Seventh Circuit No. 16–285 y No. 16–300, Ernst & Young LLP et al. v. Morris et al.

Francia

Cour de cassation

Arrêt Blanco 8 de febrero de 1873.

Arrêt San Carlo de 14 de abril de 1964.

Arrêt Galakis de 2 de mayo de 1966.

Arrêt Hilmarton Ltd. c. Omnium de traitement et de valorisation (OTV 23 Marzo 1994. Se inició con el laudo CCI 5622/1988).

Arrêt Creighton de 6 de julio del año 2000.

Cour d'appel de París

Arrêt Ganz, de 29 marzo 1991

Arrêt Gatoil, el 17 de diciembre de 1991

Arrêt Labinal, de 19 de mayo de 1993.

Arrêt Chromalloy Aeroservices, Inc c. Egipto, de 14 de enero de 1997.

Arrêt INSERM, de 13 de noviembre de 2008.

Arrêt Thales c. Euromissile, de 18 de noviembre de 2004.

Tribunal des conflits

Arrêt INSERM 17 de mayo de 2010.

Conseil d'Etat

Arrêt Eurodisney. 6 de marzo de 1986

Italia

N. R.G. 2016/4787. Tribunale Ordinario di Bolognaquarta sezione civile. Dra. Rossi.

Corte Costituzionale.Sentenza 376/2001 (Ecli:It:Cost:2001:376).

Ordinanza 123/2014 (ecli:It:Cost:2014:123) Giudizio: Giudizio di Legittimità Costituzionale in Via Incidentale Presidente: Silvestri - Redattore: G. Tesauro. Camera di Consiglio del 26/03/2014; Decisione del 05/05/2014

Reino Unido

Atkins Ltd v Secretary of State for Transport [2013] EWHC 139 (TCC).

Sentencia de la High Court in the U.K. Essar Oilfields Services Ltd v Norscot Rig Management PVT Ltd [2016] EWHC 2361.

High Court of Justice Queen's Bench Division Commercial Court en resolución de 2 de febrero de 2016.

Sana Hassib Sabbagh v. Khoury & Ors [2018] EWHC 1330 (Comm), the English High Court.

Sentencia de la Court of Appeal Halliburton v Chubb [2018] Civ 817, 19 April 2018.

High Court of Justice Business and Property Courts of England and Wales Queen's Bench Division Commercial Court Hearing, date: 22.5.18, Asunto Nori Holdings Limited et al v PJSC Bank Okritie Financial Corporation [2018] EWHC 1343.

Singapur

China Machine New Energy Corporation v Jaguar Energy Guatemala LLC [2018] SGHC 101 ("China Machine")

Suiza

Sentencia del Tribunal Federal Tribunal DFT 131 I 223, de 10 Diciembre de 2004

LAUDOS ARBITRALES

CIADI

Caso CIADI No. ARB/81/1, Amco Asia Corporation y otros c. República de Indonesia.

Caso CIADI No. ARB/81/2 Klöckner Industrie-Anlagen GmbH y otros c. República del Camerún.

Caso CIADI No. ARB/83/2 Liberian Eastern Timber Corporation (LETICO) c. República de Liberia.

Caso CIADI No. ARB/84/3 Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v Arab Republic of Egypt.

Caso CIADI No. ARB/87/3, Asian Agricultural Products Limited c. República Socialista Democrática de Sri Lanka el 27 de junio de 1990.

Caso CIADI No. ARB/92/1 Vacuum Salt Products Ltd c. la República de Ghana.

Caso CIADI ARB N° 94/2 Tradex Hellas S.A. c. República de Albania

Caso CIADI N° ARB/95/2, Cable TV of Nevis, Ltd. And Cable Television of Nevis Holdings, Ltd c. Federación de San Cristóbal y Nieves.

Caso CIADI ARB/95/3, Antoine Goetz c. la República de Burundi.

Caso CIADI No 96/1 CDSE c. Costa Rica.

Caso CIADI ARB 97/1 Metalclad Corporation c. Estados Unidos Mexicanos, laudo de 30 de agosto de 2000.

Caso CIADI N° ARB/97/4 Ceskoslovenska Obchodni Banka, A. S. c. República de Eslovaquia, Decisión sobre objeciones a la jurisdicción, 24 de mayo de 1999.

Emilio A. Maffezini c. Reino de España caso CIADI N° ARB/97/7.

Caso CIADI N ° ARB/98/2, Víctor Pey Casado c. República de Chile.

Caso CIADI No. ARB/98/4, Wena Hotels Ltd. v Arab Republic of Egypt.

Caso CIADI No. ARB/98/5, Señor Eudoro Armando Olguín c. República del Paraguay.

Caso CIADI No. ARB/98/8, Tanzania Electric Supply c. Independent Power Tanzania Ltd.

Caso CIADI No. ARB(AF)/99/1 E. Marvin Roy Feldman Karpa c. Estados Unidos Mexicanos.

Caso CIADI No. ARB (AF)/00/2 Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States.

Caso CIADI No. ARB/00/4, Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. c. Reino de Marruecos.

Caso CIADI ARB/00/5, Aucoven c. Venezuela, Decision sobre competencia.

Caso CIADI No. ARB/00/7 World Duty Free Company Limited and The Republic of Kenya.

Caso CIADI No. ARB/01/3 Enron Corporation c. República de Argentina.

Caso CIADI No. ARB/02/1 LG&E c. Argentina.

Caso CIADI No. ARB/02/3, Aguas del Tunari, S.A. c. República of Bolivia.

Caso CIADI No. ARB/02/6 SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines.

Caso CIADI No. ARB/02/7 Hussein Nuaman Soufraki v. Estados Árabes Unidos.

Caso CIADI ARB 02/8 Siemens c. Argentina.

Caso CIADI no. ARB/02/14 CDC Group P.L.C. v. Republic of Seychelles.

Caso CIADI No. ARB/02/18, Tokio Tokelés c. Ucrania.

Caso CIADI n° ARB/03/10 Gas Natural c. República de Argentina

Caso CIADI n° ARB/03/25 Fraport c. República de Filipinas

Caso CIADI No. ARB/04/19. Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. c. Republic of Ecuador.

Caso CIADI No. ARB/05/5 TSA SPECTRUM DE ARGENTINA S.A. c. la República Argentina.

Caso CIADI No. ARB/05/13 EDF (Services) Limited v Romania.

Caso CIADI No. ARB/05/15 Waguih Elie George Siag y Clorinda Vecchi c. Egipto.

Caso CIADI No. ARB/05/20 Hermanos Micula y otros c. Rumanía.

Casos CIADI Nos. ARB/05/18 y ARB/07/15, Ioannis Kardassopoulos y Ron Fuchs c. Georgia.

Caso CIADI No. ARB/06/3, The Rompetrol Group N.V. c. Rumanía.

Caso CIADI No. ARB/07/23 (Opinión de J.W. Reisman de 11 de junio de 2009). Railroad Development Corporation c. República de Guatemala.

Caso CIADI No. ARB/10/6 Rachel S. Grynberg, Stephen M. Grynberg, Miriam Z. Grynberg, and RSM Production Corporation v Grenada.

Caso CIADI No. ARB/12/12 Vattenfall AB, Vattenfall GmbH, Vattenfall Europe Nuclear Energy GmbH, Kernkraftwerk Krümmel GmbH & Co. oHG y Kernkraftwerk Brunsbüttel GmbH & Co. oHG c. República Federal de Alemania.

Caso CIADI No. ARB/12/17. Inversión y Gestión de Bienes, IGB, S.L. e IGB18 Las Rozas, S.L. c. Reino de España.

Caso CIADI No. ARB/13/30 RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à r.l. c. Reino de España.

Caso CIADI No. ARB/13/36, Eiser Infrastructure Ltd. y Energia Solar Luxembourg S.à r.l. c. Reino de España.

Caso CIADI No. ARB/15/15 9REN holding S.à r.l., c. Reino de España.

Caso CIADI No. ARB/15/40 Belenergia S.A. c. República de Italia.

CCI

Laudo n° 1939/1971.

Laudo n° 2521/1975.

Laudo n° 1526 de 1986.

Laudo n° 4381/1986.

Laudo n° 5622/1988.

Laudo n° 13.613.

Laudo n° 7047 Westacre vs. Jugoimport, de 28 de febrero de 1994.

Arbitraje n° 19359/MCP/CA/ASM, Laudo de 8 de julio de 2014

Otras sedes

Corte Permanente de la Haya, 3 de mayo de 1912, Italia c. Perú.

Tribunal Permanente de Justicia Internacional de 1927 en el caso Lotus, Francia c. Turquía.

Corte Permanente Internacional de Justicia el 13 de septiembre de 1928, The Factory at Chorzow,

Tribunal arbitral ad hoc, 8 de junio de 1932, EE.UU. c. Egipto.

Corte Internacional de Justicia, sentencia de 6 de abril de 1955, Liechtenstein c. Guatemala.

Florence Strusky v. Mergé, Comisión de Conciliación Italoamericana, Laudo, 10 de junio de 1955

Corte Internacional de Justicia, Sentencia de 5 de febrero de 1970, Barcelona Traction Light and Power Limited.

Tribunal arbitral ad hoc, 24 de marzo de 1982, Aminoil c. Kuwait.

Sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 20 de julio de 1989, Elettronica Sicula, S.p.A., EE.UU. c. Italia.

Tribunal arbitral ad hoc, 4 de mayo de 2007, INSERM c. Letten F. Saugstad.

Inversiones Llevant, S.A., c. Rodaro, S.L., arbitraje del Colegio de las Islas Baleares de 27 de enero de 2012.

Corte Permanente de Arbitraje, 13 de abril de 1935. Radio Corporation of America c. China.

Tribunal ad hoc (R.J. Dupuy), 19 de enero de 1977, Texaco Overseas Petroleum Company c. Gobierno de la República Árabe de Libia.

Cámara de Comercio de Estocolmo n° 088/2004. Eastern Sugar B.V. c. República Checa.

Sedelmayer c. Federación Rusa, SCC 7 julio 1998.

Nykomb c. Letonia, SCC 118/2001.

Laudo arbitral de 24 de mayo de 2009, dictado en el seno del Tribunal Común de Justicia y Arbitraje de la OHADA, en el expediente n° 003/2007/ARB.

Yukos Universal Limited (Isle of Man) c. la Federación Rusa, Corte Permanente de Arbitraje, Caso AA 227, Laudo de 18 de julio de 2014.

PCA Case No. 2008–13, *Eureko (Achmea) B.V. c. la República de Eslovaquia*. Laudo Parcial de 26 de octubre de 2010.

PCA Case No. 2008–13, *Achmea B.V. c. República de Eslovaquia*. Laudo final de 7 de diciembre de 2012.

SCC 2014/181, Anglia Auto Accessories Ltd. c. República Checa,

Sr. García Armas y Sra. Krüger contra la República Bolivariana de Venezuela, Caso CPA No. 2013-3, Decisión sobre Jurisdicción de 15 de diciembre de 2015.

Charanne c. España, SCC 62/2012, 21 de diciembre de 2015.

